

Introducción al Derecho

Dr. D. Jairo José Guzmán García



UCA

•calidad•prestigio•tradición



**Facultad de
Ciencias Jurídicas**

Coordinación de
Educación a Distancia

Teléfonos: 2278 6509 ó 2278 3923-27, ext. 1296 E-mail: robleto@ns.uca.edu.ni

20
10

340
6-993
C-1

IVSTITIA EST CONSTANS ET PERPETVA VOLVNTAS IVS SVVM

CVIQVE TRIBVENDI

(INST. 1, I,I)

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

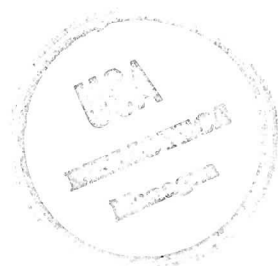
Prof. Dr. D. Jairo José Guzmán García

Catedrático de Derecho Civil y Romano

Universidad Centroamericana

D-18

Ingreso	26-01-10
Comprado a	Derecho
Fecha	
Procto	201092868



16751

§1

INTRODUCCIÓN

Con esta materia que se ubica como primera perteneciente a lo jurídico dentro de su plan de estudios, se inicia la andadura por el conocimiento de los entresijos de una disciplina que más que acumulación inconsciente de reglas es una experiencia cultural de la humanidad, en nuestro caso, de la que se ubica en el occidente geográfico y cultural; de la experiencia que conjuga en su seno los grandes principios del Derecho romano, de la filosofía griega y del cristianismo.

Animados en esta aventura que ahora inicia, despierte su espíritu y dispóngalo a elevarse por encima de la mera vulgaridad de la forma y llegar así a descubrir la hondísima raigambre humana que el Derecho tiene y que justifica, ayer hoy y siempre, su presencia en las sociedades de los seres humanos.

Esta materia, pues, aportará la base necesaria para comprender desde una óptica general el fenómeno jurídico que nace de la vida social y que se proyecta en el espacio y en el tiempo como una constante dialéctica de incesante desarrollo. Así el objetivo de esta clase es brindar al estudiante una visión de conjunto del Derecho concebido como ciencia que expresa la consciencia gregaria del hombre.

Dentro de los grandes conceptos que la Ciencia del Derecho ha configurado para explicar y regular las relaciones armónicas de los sujetos sociales, se encuentra la categoría de la que hoy iniciamos estudio.

El Derecho, el mundo y el hombre

Siguiendo las premisas lógicas de toda materia, al principio de su estudio, la primera cuestión que suele investigarse es el objeto de estudio, y así cabe aquí y ahora indagar ¿qué es el Derecho?

Para algunos, la respuesta es desconocida, para otros la respuesta está en las leyes, otros dirán que se trata de la justicia, otros más vincularán la justicia a las leyes. Sea como fuere, las respuestas pueden llegar a ser tan distintas como personas sean interrogadas.

Lo único que podemos obtener como criterio estable y presente en todos ellos es que alguna experiencia han tenido todos los sujetos sobre lo que es “Derecho”. Nosotros también podemos decir que de alguna manera, la que sea, hemos tenido experiencias de encuentro con el Derecho.

Nacer y ser registrado, estudiar y que nos pidan el certificado de nacimiento, solicitar la cédula de identidad, pagar al colegio los aranceles, subir a un autobús, adquirir los útiles escolares, ir a un médico para que nos atienda, ir de compras al mercado o a un supermercado, defender lo que es nuestro frente a quien lo ha ocupado sin nuestro permiso, hacer un ensayo citando al autor de una idea que nos ha servido para exponer el tema, comprar una bebida gaseosa en el bar de la universidad, acudir a clases, el juicio a un narcotraficante que presenciamos a través de la televisión, la conexión a Internet, la conexión al sistema de televisión por cable, el uso de un programa de juego interactivo, la utilización de un servicio de telefonía móvil, la circulación libre por las calles, la atención médica en un centro de salud público, el tener agua potable y luz eléctrica en nuestra casa, escribir un panfleto y pegarlo en lugares públicos, reunirme con otros sujetos para realizar una puntual actividad, salir y entrar del país cuando se quiera. El matrimonio, la ley, el reglamento, los salarios, la huelga, la herencia, la propiedad, el alquiler, la donación, la custodia de los hijos, la condición de nieto o de padre o de hijo, el apellido,

estas y tantas otras experiencias son expresiones propias de la realidad jurídica cotidiana.

Se puede decir entonces que el Derecho está presente en la práctica totalidad de las actividades de la sociedad, pero no todos tenemos consciencia de ello, no todos tienen noción de que esas realidades son expresiones de lo jurídico, pero eso no basta para decir que sabemos qué cosa sea el Derecho, éstas son tan solo pálidos reflejos de una realidad conceptual que va más allá de esa simpleza. El Derecho es algo más.

No obstante lo que hoy vivimos, la historia de la humanidad no es ajena a la presencia constante del derecho en las sociedades. Ya desde antiguo, en las primeras civilizaciones se ha descubierto vestigios jurídicos, cuyo principio parece remontarse al “poder” y al “poder” mágico de los chamanes que en las cuevas realizan la dominación de las prácticas sociales. Ahí se funde el Derecho con la magia, con lo suprahumano, se conecta con un mundo de creencias y de dominación por “temor” a lo desconocido.

Dominación, fuerza, potencia son entonces, elementos esenciales para la determinación de lo jurídico en esos períodos, permitiendo afirmar que tal manifestación surgió de la mano de lo que posteriormente será “el Estado”.

Las determinaciones que hemos realizado hasta aquí, constituyen la recopilación de la vivencia del Derecho en nuestro medio y en la historia, sin embargo, desde una perspectiva ontológica ello no es el Derecho, ni nos permite responder la pregunta que nos hemos planteado, sigue entonces vigente la interrogante de qué sea el Derecho, es decir que lo que requerimos en estas lecciones es el concepto esencial, no particular de la realidad que lo describe.

Desde unos puntos de vista, el Derecho se presenta como algo valioso, noble, estimable, imprescindible, beneficioso.

Desde otros ángulos, aparece con una fisonomía hosca, antipática y con gestos agresivos y perfiles cortantes y dolorosos. En efecto, el Derecho es el agente garantizador de la paz entre los hombres, del orden social, de la libertad de la persona, el defensor de sus posesiones y de su trabajo, el órgano que ayuda a llevar a cabo grandes empresas y a realizar importantes ideales, cuya puesta en práctica no sería posible sin la intervención jurídica. Además, en las leyes, los reglamentos, las acciones y las resoluciones administrativas, las sentencias de los tribunales, parece como que está depositado un tesoro espiritual de sabiduría ética, que ha ido decantándose a través de la experiencia histórica y al calor de las más esforzadas reflexiones por los hombres. No en vano ni caprichosamente definieron los romanos la jurisprudencia como el *ars boni et aequum* y como el saber sobre todas las cosas humanas y divinas. Asimismo, gracias a la acción organizadora del Derecho, los humanos ven satisfechas muchas de sus necesidades de todo orden, materiales, culturales y éticas.

Sin embargo, por otra parte, el Derecho se presenta muchas veces en el ejercicio de acciones que infieren dolor a determinadas personas: a los infractores de los reglamentos, a los violadores de las leyes provistas con sanciones penales, en suma desemboca en el empleo de la violencia material contra quienes se apartan de los cauces establecidos por las reglas jurídicas¹.

El Derecho y su ubicación en la circundante realidad ontológica

El ser se manifiesta de varias formas, unas de manera externa al hombre como las cosas de la naturaleza, las rocas, el agua, el aire. Otras formas de ser son intrínsecas al hombre, como los sentimientos, las esperanzas.

¹ RECASÉNS SICHES, Luis; introducción, pág. 2-3-

Realidades hay también que son fantásticas como las sirenas, los monstruos marinos. También son manifestaciones del ser las ideas, como el teorema de Pitágoras, los axiomas o las leyes de la lógica; los valores, la bondad, la justicia, la belleza, la utilidad, la verdad. En definitiva el universo que nos rodea se integra de estas y de otras formas del ser.

Todavía encontramos otros tipos de seres, como pinturas, estatuas, edificios, melodías, poemas, tratados científicos, obras de filosofía, documentos religiosos, esquemas económicos, programas políticos, códigos, reglamentos, novelas, automóviles, herramientas. Seres que poseen un substrato externo a nosotros –de piedra, colores, sonidos, papel u otros materiales-, pero cuyo ser específico y peculiar no consiste en esos ingredientes materiales, antes bien en un especial sentido: en un sentido estético, o utilitario, o técnico, o lógico, o político, o religioso, o jurídico, etc.; sentido, que en tales seres anida en una especie de proyección humana que en los mismos se expresa. Todo eso es lo que se llama reino de la cultura, a saber, el conjunto de las obras que el hombre hace en su vida, los productos de su acción, dotados de sentido, esto es, impregnados de significación. Y adviértase que esas obras humanas el hombre las hace siempre por algo, es decir, por virtud de un motivo; y además para otro algo, esto es, con un propósito con una finalidad que desea realizar.

Sentido, comprensión y alcance del concepto de “Derecho”²

Tratamos de encontrar aquí un concepto de “Derecho”, pero ¿qué clase de concepto? Un concepto esencial, esto es una noción que sea genérica, universal; es decir, un concepto que abarque o comprenda todas las manifestaciones de lo jurídico, todo cuanto al Derecho pertenece; que comprenda o abarque todos los Derechos que en el mundo han sido, todos los que son, y todos los que puedan ser. Tal concepto debe darnos la esencia de lo jurídico, pura y simplemente, dejando a un lado todas las posibles y reales adjetivaciones específicas de modos concretos.

² RECASÉNS SICHES, Luis; introducción.

La averiguación sobre la esencia de lo jurídico requiere la localización del objeto Derecho en el Universo. Requiere también que, después de haber ubicado el Derecho en el mundo, nos enteremos de qué tipo de realidad tiene el Derecho. En tercer lugar, habremos de investigar los caracteres de lo jurídico. Entre esos caracteres esenciales hay algunos que el Derecho comparte con otras realidades sociales; y otros caracteres que son específicos o exclusivos del Derecho, en tanto que tal Derecho. Después, tendremos que indagar cuáles son las necesidades humanas que con el Derecho se trata de satisfacer, o lo que es lo mismo, cuáles son las funciones que el Derecho cumple en la existencia de los hombres. Y, al mismo tiempo, tendrá que procederse a investigar cuáles son las condiciones y cuáles son los agentes que intervienen en la producción del Derecho.

Y es que el Derecho no puede ser ubicado en la naturaleza, así no está el derecho en las fuerzas naturales como la de gravedad en la cual lo que hay es una actuación de elementos extrahumanos que implican una acción que provoca la reacción, es decir que se producen sin ninguna autodirección finalista y ajenos a cualquier valoración. En cambio en el Derecho se presentan sus opuestos: el Derecho está lleno de sentido, pues algo que los hombres producen en su vida social, estimulados por el deseo de satisfacer unas determinadas necesidades, el cual deseo actúa como motivo, y proponiéndose la consecución de ciertas finalidades o metas. El Derecho tiene un propósito: el de realizar determinadas finalidades, al servicio de lo cual crea una normatividad, un deber ser. Por el contrario, los fenómenos de la naturaleza física son manifestaciones de una forzosidad causal.

Tanto el mundo físico como en el Derecho se habla de leyes, no obstante, las leyes de la naturaleza física son leyes causales, mientras que las leyes jurídicas son leyes normativas.

Los fenómenos físicos se encuentran ligados los unos a los otros de un modo forzoso, es decir como consecuencia necesaria e inevitable de los anteriores, así la evolución de las especies es una representación de tal realidad. En cambio, en el campo de lo humano, al cual pertenece el Derecho, advertimos que la conducta de éste está impregnada de significaciones comprensibles. Advertimos también que los hombres toman en consideración puntos de vista estimativos, criterios de valor. En efecto, los seres humanos distinguen entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto, entre lo conveniente y lo inconveniente, entre lo útil y lo inútil, entre lo hermoso y lo feo, etc. Guiados por juicios o intuiciones de valor, los humanos conciben como propósito la producción de ciertos comportamientos y la obtención de ciertos resultados que estiman como valiosos, o que consideran pertinentes para la satisfacción de sus necesidades. Es decir, los hombres establecen determinados fines para su conducta. Una vez hecho esto, afánanse buscando los medios adecuados para el cumplimiento de aquellos propósitos, esto es, para la realización de aquéllos fines, y ponen en práctica tales medios. Así pues, el Derecho tiene un propósito: la satisfacción de determinadas necesidades, cumpliendo con ciertos fines y al servicio de unos valores, para lo cual se sirve de una específica normatividad, de un peculiar deber ser. Por el contrario los fenómenos de la naturaleza, según se dijo, son manifestaciones de una forzosidad causal.

El vocablo “ley”, sirve tanto en las ciencias de la naturaleza (física, química, astronomía, etc.) como en las disciplinas de lo humano (moral, Derecho, ética), no obstante en ambos campos tiene una significación distinta. Así, en la naturaleza “ley” significa nexo forzoso por el cual se realiza la reacción a partir de la acción, así se entiende cómo una cosa cae al vacío y se estrella contra el piso a determinada velocidad. En cambio, “ley” tanto en el ámbito moral como jurídico, no expresa la realidad de unos hechos, ni el modo como efectivamente estos hechos acontecen, antes bien, denotan un “deber ser”, es decir, prescriben, mandan u ordenan una cierta conducta como “debida”. Las normas no nos dicen lo que ha sucedido, ni lo que sucede, ni lo que sucederá con toda certeza, sino que

determinan lo que debe ser cumplido, aunque tal vez en la realidad no se cumpla, ni se vaya a cumplir, puesto que es posible de hecho infringir la norma. Cabalmente la condición para que una proposición sea normativa, para que tenga sentido como norma, radica en que aquello que estatuye como debiendo ser, no tenga que acontecer forzosa e inevitablemente en el área de los hechos. La norma prescribe lo que debe ser, lo cual tanto puede ser como no ser en la realidad, puesto que depende de una decisión humana, si no fuese así, y lo que dice la norma se cumpliera siempre entonces estaríamos frente a una ley fáctica concatenación causal de fenómenos y carecería de sentido normativo. Así, una norma que expresara así: “debe suceder lo que realmente sucede” o “debes comportarte del mismo modo como realmente te comportas”, no sería una norma, carecería de sentido normativo. Sería como si dijésemos que la llama debe dilatar la columna de mercurio calentada por ella, lo cual no tiene sentido, porque la columna de mercurio no es capaz de un acto de rebeldía en contra de esta ley, antes bien siempre y forzosamente la causa del calor provocará la reacción o efecto de la dilatación de la columna de mercurio.

Se observa pues, que la normatividad de una regla se afirma precisamente en el contraste con su posible inobservancia de hecho. El tipo de necesidad de la exigencia normativa no es causativo, no es una forzosidad real, sino que es un tipo de exigencia ideal. Las normas son pues, proposiciones que valen a pesar de su no coincidencia con la realidad, porque no tratan de expresar cómo es efectivamente esa realidad, sino cómo “debe ser”, es decir, tratan de prescribir una conducta.

El derecho tampoco se encuentra en la materia orgánica regida por leyes sí pero leyes que obedecen como en el anterior apartado, a las fuerzas naturales que rigen la genética sin ninguna finalidad preestablecida.

No es el Derecho un mero producto de la *psiquis* del ser humano, a productos de los procesos cerebrales. Así el leer es un producto intelectual del hombre, porque representa la posibilidad de comunicar conceptos e

ideas a través de grafías que siendo comunes y conocidas sirven de vehículos para que otros conozcan nuestro yo interior. Y podría decirse, “desear” matar a otro, es algo que se relaciona con lo jurídico, no obstante, ello no pasa de un mero sentimiento o pensamiento interno que al no trascender no tiene relevancia alguna.

En la ubicación del Derecho, quizá quepa ahora buscarlo dentro del mundo de los valores. Si bien podemos describir los valores en aquellas cosas y conductas que estimamos como valiosas, los valores no constituyen un pedazo de esas cosas o conductas, sino que son una cualidad que ellas nos presentan, en tanto que coinciden con ideas de valor, en tanto que , por ejemplo se nos muestran como justas, buenas, hermosas, útiles, etc. A diferencia de las estructuras matemáticas que guardan siempre un ser real, los valores –ideas morales, jurídicas estéticas, puntos de vista utilitarios, etc.- constituyen pautas ideales frente a las que las conductas pueden resultar discrepantes o indóciles. Las gentes deben ser veraces no obstante, tropezamos a veces con personas mentirosas y traicioneras. Algunos valores están, en cierta medida realizados en las conductas y en las obras humanas y en las cosas; pero otros lo están sólo de manera fragmentaria; también hay otros que no se encuentran realizados, sino que, por el contrario, la realidad a veces encarna o materializa antivalores.

Dicho lo anterior cabe interrogarse ¿es el Derecho un valor? ¿Un valor en el sentido de que su esencia y su realidad pertenezcan pura y simplemente al mundo de los valores? Ciertamente que el Derecho tiene que ver con el mundo de los valores, pues no se puede pensar lo jurídico sin referirlo a la justicia, a la dignidad de la persona humana, a la libertad, a la seguridad, al bienestar general, y a otros valores. Pero esto no significa de ninguna manera que el Derecho consista en ideas puras de valor. El Derecho es algo constituido por un conjunto de actividades y obras de los hombres, suscitadas por determinados tipos de urgencias que los humanos experimentan en su vida; actividades y obras que están encaminadas a la satisfacción de esas urgencias, mediante la realización

de unos ciertos valores a través de modos específicos. Es innegable que todo Derecho persigue ser algo en lo cual encarnen determinados valores: todo Derecho es un intento, un propósito, de Derecho justo; pero el Derecho no está constituido solamente por los puros valores que mediante él se pretende realizar, ni consigue jamás realizarlos por completo; sino que el Derecho es una obra humana, con la que se trata de interpretar las exigencias de unos valores, en relación con el propósito de satisfacer unas necesidades humanas sociales, en una determinada situación histórica, y mediante una forma normativa con especiales caracteres. El Derecho es algo que los hombres fabrican en su vida, bajo el estímulo de unas determinadas necesidades; y algo que lo viven en su existencia con el propósito de satisfacer aquellas necesidades, precisamente de acuerdo con pautas que realicen unos específicos valores, sobre todo, el valor de la justicia y el del bienestar general.

Finalmente, se puede decir, que el Derecho es ubicable sólo dentro de la vida y experiencia humanas, sólo en el marco referencial de la historia de la humanidad se comprende bien la ubicación del Derecho como expresión de una cultura que hace del hombre siempre “heredero”, dando sentido a la expresión *ubi societas ibi ius*.

El obrar humano y su estructura: motivos, fines y medios

Partiendo de la premisa de que el hombre es el único animal que se piensa a sí mismo, es decir que tiene consciencia de que “es”, puede establecerse como premisa que su hacer, su obrar es distinto de sus procesos fisiológicos y también de sus mecanismos psíquicos, puesto que tanto aquellos procesos como estos mecanismos son meros instrumentos, utensilios, con los cuales y mediante los cuales el hombre efectúa sus haceres. Y la esencia de todas las actividades humanas no está en los instrumentos anímicos y corporales que intervienen en la actividad, sino que consiste en la decisión del sujeto, en su puro querer, que es previo al mecanismo volitivo. Ese puro querer, esa determinación radical y primera, pone en funcionamiento, dispara los mecanismos de que el

hombre dispone (su imaginación, su razón, sus apetencias, su voluntad, sus brazos, etc.). Tanto es así que solemos decir: ponerme a razonar, ponerme a imaginar, ponerme a andar, etc. lo humano está en el **ponerse a**. lo que radicalmente procede de mí, es el ponerme a hacer todas esas cosas (el razonamiento, la imaginación, el andar), que son mecanismos, actividades, instrumentos. Propiamente la vida radica en la decisión que tomamos de hacer esas cosas.

Se puede afirmar entonces que la estructura del hacer humano consiste en que **se quiere hacer lo que se hace, por algo** (por algún motivo, que deriva de una urgencia, de una necesidad, de un afán) **y para algo** (con una finalidad), **todo lo cual está dotado de sentido o significación.**

Si el hombre solventa sus penurias a través de la superación de sus deficiencias naturales –busca abrigo en una cueva ante el frío porque no cuenta como otros animales con un mecanismo resistente a la intemperie–, así la consciencia del vacío que en su vida representa su imperfección natural le obliga a imaginar la forma de buscar cómo resolver su necesidad, a imaginar algo con lo cual pueda colmar esa necesidad. Esa consciencia de tal vacío y el deseo de llenarlo es lo que constituye el “porqué” inicial hacer del ser humano, la motivación de éste. No obstante, en lo que atañe al Derecho, podría decirse que el hombre se siente amenazado por algunas posibles conductas de sus semejantes y esto le incita precisamente a elaborar normas jurídicas de inexorable cumplimiento, que le proporcionan certeza y seguridad. Así pues, en el campo jurídico, el porqué o motivo de lo que se va a hacer consiste en la conciencia del dolor que le produce la penuria, la amenaza que siente representada en sus semejantes, y en el deseo de remediar esta situación de incertidumbre y de inseguridad. Tal fuerza impulsora pone en movimiento su imaginación. Al fin, logra ya imaginar algo que, cuando se haya producido, satisfará aquella necesidad: unas normas jurídicas y un poder para imponer su cumplimiento.

Resumiendo, el motivo es la consciencia de una necesidad, el propósito es la satisfacción de esa necesidad, el fin es el objeto con el cual se intenta satisfacer la necesidad y los medios son las acciones y los objetos (causas) con las que se va a producir el fin (efecto).

Nótese pues, que en el hombre hay una naturaleza corporal y naturaleza psíquica; pero la esencia de lo humano no consiste en los mecanismos somáticos ni en los mentales, antes bien consiste en la capacidad de decisión de ponerse a utilizar esos mecanismos y a utilizar las cosas que le ofrece el mundo para la realización de sus propósitos; y, de ese modo, ir tejiendo el proceso de su propia existencia o vida.

Otra nota distintiva de la vida humana consiste en que el hombre necesita justificar ante sí mismo cualquiera de los quehaceres que emprende. Vivir es ocuparse de algo para algo, teniendo que decidirse entre las varias posibilidades que ofrece la circunstancia en la que uno está alojado. Ahora bien, para decidirse por una de las varias posibilidades que el contorno ofrece, es preciso elegir, y para elegir es necesario preferir; y para preferir es necesario estimar o valorar. Por eso, la trama o proceso de la vida humana consiste en una sucesión de valoraciones.

Cuando se trata de problemas de Derecho y de justicia, no basta la justificación de la conducta ante uno mismo, antes bien se requiere otra forma especial de justificación, a saber una justificación objetiva, una justificación de acuerdo con normas objetivas. Esto es así, porque entonces se trata de actos que afectan a la convivencia y cooperación entre los humanos, comportamientos que, por ser tales, precisarán no ya de una justificación subjetiva, sino de una justificación objetiva, de una justificación que ya no me satisfaga sólo a mí, sino también al otro u otros a quienes afecta mi conducta, o a la sociedad en términos generales.

La consciencia humana y su incoercibilidad

La realidad humana se halla constantemente enfrentada a la realidad natural, así, sólo a través de su empeño y de su hacer puede dominear aquella y alterar lo que antes le era negativo a sus intereses, en algo útil y beneficioso.

Es ese el signo de toda la historia humana: la voluntad el albedrío del hombre es el elemento desencadenante y propiciador de los cambios de la realidad, excepto de la natural. Y es que los movimientos del espíritu humano han presidido sus grandes triunfos, es su decisión de superar las limitaciones naturales lo que ha permitido llegar a las cotas de desarrollo del pensamiento y de las ciencias que hoy experimentamos.

Tal y como ya se dijo antes, al abordar las diferencias entre la ley natural y lo jurídico, la actividad cultural del hombre es producto de una reflexión en la cual, se predetermina el fin que se busca alcanzar, es decir que parte de una valoración y se dirige a la consecución de un objetivo determinado.

Así, es innegable que el elemento esencial del hacer humano es su voluntad, es su albedrío, es su libertad, manifestación de su autorecreación y consciencia de la ubicación que ocupa en el universo. Y a pesar de la naturaleza puramente filosófica del albedrío, en el Derecho no puede dejar de tenerse en cuenta a los efectos de construir su concepto. Las razones parecen ser en primer lugar porque el Derecho se integra, en buena parte, por normas y las normas en tanto que son “normas” sólo encuentran sentido si se dirigen como proposiciones conductuales a seres racionales libres. En segundo lugar, porque las normas jurídicas deben gobernar y determinar sólo aquellas conductas que figuren como posibilidades para el promedio de los hombres, para la casi totalidad de quienes estén sometidos a esas reglas.

Dejando de lado las ideas indeterministas que sostienen que el hombre tiene libre albedrío, como de las indeterministas que exponen lo contrario, se puede afirmar que el hombre en su realidad más propia es “libre albedrío”. Esta frase expresa rigurosamente la situación o inserción del hombre en su circunstancia, es decir, su situación en el Universo. Esa situación o inserción no consiste en estar encajado en su mundo de un modo fijo, estricto, sin movimiento, como un tornillo en su tuerca; ni consiste tampoco en tener que seguir forzosamente una trayectoria previamente determinada; antes bien, por el contrario, se trata de una inserción con un margen o espacio de holgura. Ese ámbito, ofrece al hombre, en cada uno de los momentos de su vida, un repertorio plural de posibilidades –concretas y en número limitado- entre las cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad, por alguna de esas posibilidades –concretas y en número limitado- entre las cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad, por alguna de esas posibilidades a su alcance; pues no se halla forzosamente predeterminado a seguir una sola de tales posibilidades y a evitar las demás. La pluralidad limitada de posibilidades al alcance de cada uno de los hombres, en cada uno de los momentos de su vida, es diferente, cuanto al número y en cuanto a la calidad, pues depende de la circunstancia concreta de cada sujeto en cada instante.

La circunstancia concreta de cada ser humano –diferente en alguna medida, mayor o menor, de la de cada uno de los demás-, consta de múltiples y variadas realidades. En primer lugar, en la circunstancia figura el alma del sujeto, pues el yo no es su alma, sino el quién que tiene que vivir con la psique que le ha tocado en suerte. El alma constituye la envoltura del yo más próxima y más íntimamente unida a él, pero no es el yo. El cuerpo es otro de los componentes más próximos de la circunstancia del yo. La psique y el cuerpo de cada individuo, diferentes en cada uno de las almas y de los organismos biológicos de todos los demás, ofrece a cada sujeto unas posibilidades diversas de las que tienen otros.

La circunstancia natural externa –cósmica, física, química, geográfica, biológica- en conjugación de los medios técnicos de que cada hombre disponga, delimita para éste, en un cierto aspecto, el catálogo de posibilidades para su comportamiento, entre las cuales el sujeto tiene que elegir en cada momento.

También la sociedad condiciona el ámbito de las posibilidades para la vida de cada hombre, de varias maneras. Así, por los componentes sociales integrados en la personalidad concreta de cada individuo: lo que ha aprendido de los demás; las huellas y configuraciones que en su personalidad han dejado las experiencias –favorables o desfavorables- tenidas en el trato con los otros; las ideas transmitidas por el prójimo a nuestro alrededor; ideas aprendidas en libros; modelos o configuraciones que son el efecto de la influencia ejercida sobre nuestros modos de pensar, de sentir, de reaccionar, de actuar, por otros seres humanos, bien por determinadas personas con quienes hemos estado en extensa e íntima relación, como por ejemplo nuestros padres, hermanos amigos de la infancia, bien por los miembros de los grupos a los que pertenecemos (v. gr. Vecindad, comunidad local, estirpe étnica, comunidad nacional, círculo cultural, clase social, profesión, etc.). También por aquellos modos de conducta que son, en alguna medida, la reacción frente a conductas de otras gentes con quienes hemos estado o estamos en trato; por las actitudes que son el resultado de las lecciones sacadas de experiencias de anteriores relaciones sociales; por las prácticas configuradas por la presión de la opinión pública dominante, de las creencias colectivas preponderantes, de las costumbres en vigor; por las actitudes que representan una imitación –consciente o inconsciente- de otras personas; por los hábitos adquiridos en el cumplimiento de modos sociales de vida; por los hábitos formados en el ejercicio de una profesión.

En definitiva, la combinación de todos esos ingredientes del entorno –psíquico, biológico, geográfico, cultural y social-determina para cada sujeto el ámbito de su vida y las serie de posibilidades que se le deparan en cada momento de ella; ámbito y posibilidades que son diferentes para

cada sujeto. Pero cada sujeto halla siempre la posibilidad de diversas conductas en cada momento, por lo cual es albedrío, ya que él tiene que elegir por sí alguna de esas conductas posibles.

Así se entiende pues, que el hombre recreándose en sí mismo, repensándose a sí, sea una unidad de pensamiento y de querer independiente de todas las demás unidades que contando con las mismas características que le rodean. Al ser unidad de entendimiento independiente se vuelve un agente de inseguridad y distinción respecto de todos los demás sujetos y es ahí, donde el mismo se siente atemorizado por el otro, se siente “inseguro” frente al albedrío del otro.

Así mismo, que el hombre es albedrío, no es sinónimo que de hecho el conjunto total de cuanto se produce en su vida sea libertad. Hay en la vida humana muchos y variados procesos que sólo en un sentido muy limitado pertenecen a la existencia del hombre, y que son ora ajenos al albedrío, ora que se han alejado efectivamente mucho de la libertad, quedando conectados con ésta sólo de un modo meramente potencial y remoto.

La voluntad del ser humano es incoercible porque depende de las expectativas, de las convicciones, de los intereses, de las necesidades, del ánimo del individuo. Y es esta dinámica en la que lo normativo adquiere transcendencia, en el hecho de que la unidad de inteligencia libre que es el hombre puede apartarse de la sugerencia que con el “deber ser” se le plantea por el Derecho, para lograr la certeza y la seguridad que en los demás permite superar la natural desconfianza respecto al querer y sentir del prójimo.

Lo normativo en la cultura del ser humano y su objetivación

Algunos actos de la vida humana dejan tras de sí una huella, una traza, una configuración, una obra, un objeto, unos signos. Esto sucede no solamente con actos memorables –una obra literaria genial- sino también con actos menos trascendentales como una carta de familia, la declaración del amor de una persona frente a otra, lo cual es también historia.

Tomando como ejemplo al Quijote, es posible afirmar que en el tiempo en el que Cervantes lo escribía era una peripecia de su vida individual, un pedazo, un segmento de su propia existencia. Pero después de escrita esa obra –y todavía después de muerto don Miguel de Cervantes- sigue ahí el Quijote como algo ante nosotros, como un conjunto de pensamientos cristalizados, que pueden ser repensados por cualquiera. Se presenta como un complejo de pensamientos objetivados, fosilizados, cosificados. Es algo que tiene una estructura de pensamiento, pero que ya no es pensamiento vivo, que esté viviendo –quien lo pensó originariamente ha desaparecido-; es pensamiento que –si en su creación fue un proceso subjetivo vivo de alguien- ahora aparece como un pensamiento convertido en cosa, como un producto objetivado a la disposición de todos, para que lo repiense quienquiera, como un bien de aprovechamiento comunal. A esto es a lo que llamamos “vida humana objetiva”. Es decir, eso, y cualesquiera otros productos análogos, son obras que el hombre ha realizado (utensilios, procedimientos técnicos, cuadros, estatuas, composiciones musicales, teorías científicas, reglas morales, etc). Así, resulta que los humanos hacerres, una vez que han sido ya realizados, perduran como formas de la vida –concebidas abstractamente, separadamente de la vida individual concreta que las engendró- o como modificación o huella dejada en la realidad; y vienen a adquirir como una especie de consistencia objetiva.

Ahora bien, los productos humanos, las formas de la vida humana objetivada, en definitiva las obras humanas, tienen una estructura análoga a los hacerres de la vida propiamente dicha, es decir, de la vida de

la “vida individual viva”. Su ser, lo que ellas son peculiarmente, consiste en su sentido, en tener una intencionalidad.

Sucede, sin embargo, que esas obras humana, esos objetos de vida humana cristalizada, suelen, en alguna medida, ser reactualizados, es decir, revividos, vueltos a vivir, por otras gentes coetáneas o posteriores. Claro que cuando otras personas al leer un libro piensan de nuevo los pensamientos en él contenidos, cuando al practicar una regla de conducta repiten en su propio comportamiento el esquema en aquélla establecida, eso no suelen hacerlo con una fidelidad total al cien por ciento, a modo de reproducciones fotográficas o de grabaciones en cinta magnética, antes bien modifican, en mayor o menor dosis, ese producto objetivado que están viviendo de nuevo: suprimen alguno de su componentes o matices, cercenan otros, y aportan modificaciones o añaden incrementos.

Aquí cabe el Derecho, en el reino de la vida humana objetivada, en el mundo de la cultura humana. Y es que el Derecho, en tanto que normas preconstituidas —en leyes, reglamentos, constituciones, etc.—se localiza en el universo, como ya tuvimos ocasión de afirmar antes, dentro de la región de las objetivaciones de la vida humana. Pero en tanto que las normas jurídicas son cumplidas o en tanto que son individualizadas por los funcionarios judiciales y los administrativos, el Derecho se presente como un vivir de nuevo como *ur* vivir, como re-actualizar esas normas en nuevas conductas reales, conductas que muchas veces van aportando novedades, modificaciones, supresiones, incrementos, correcciones, etc. en efecto, tales procesos de re-vivir o re-actualizar dichas normas o formas de vida suelen casi siempre implicar nuevos matices, nuevas modalidades, nuevas consecuencias, en suma, algo que no estaba predeterminado de modo completo y fijo en la norma anterior, y que constituye la nueva objetivación de un nuevo proceso humano.

Lo antes dicho, trasladado al punto de vista sociológico, es decir en tanto que herencia social de un grupo, que es reactualizada y modificada por las

gentes de ese grupo, en la medida en que ellas reviven esos modos de existencia y, al hacerlo, van cambiándolos.

Desde esa óptica sociológica se denomina “cultura” todo cuanto los miembros de una sociedad determinada aprenden de sus predecesores y contemporáneos en esa sociedad, y lo que añaden a ese legado y las modificaciones que operan en el mismo. En tal sentido, cultura es la herencia social utilizada, revivida y en parte –mayor o menor- modificada.

Las normas jurídicas, en tanto que son vividas actualmente, re-vividas, en tanto que son cumplidas por sus sujetos, y, en tanto que, llegado el caso, son individualizadas por los órganos jurisdiccionales quienes imponen inexorablemente su ejecución, constituye una parte de la cultura de un pueblo; pertenecen al reino de lo que podríamos llamar cultura viva. No porque a la cultura en tanto que tal le corresponda una vida propia; sino porque personas vivas reproducen unas determinadas pautas culturales y, en su caso, las transforman.

Las normas jurídicas depositadas en la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales, son pedazos de vida humana objetivada, son objetivaciones de la vida humana, son objetos culturales. Pero en tanto que efectivamente observadas o cumplidas y en tanto que realmente impuestas por los órganos del poder político, entonces, constituyen lo que se llama Derecho vigente, esto es, Derecho Vivo, Derecho realizado, Derecho que tiene efectividad práctica, Derecho que es eficaz y por tanto, puede decirse que constituye una parte de la cultura viva o actual de un pueblo.

En definitiva, si una objetivación de vida humana, en lugar de ser repensada o revivida por un individuo o por unos pocos individuos, es repensada o revivida por la totalidad, o por la mayoría de los que integran un grupo social, entonces ese objeto pertenece al patrimonio cultural vivo y presente de ese grupo social, es un componente de dicho grupo, puesto

que constituye un modo colectivo de vida real de los miembros de ese grupo.

Sí pues, ya se ha perfilado la zona del mundo en el que se inserta el Derecho: el campo de la vida humana objetivada, o de las nuevas reviviscencias de ésta, con las modificaciones en ella aportadas.

Dentro de tal campo, el Derecho nos aparece determinado, al menos ante todo, por las dimensiones de lo normativo y de lo colectivo.

Rasgos generales y concepto de Derecho³

Antes de dar un concepto de lo que sea “Derecho”, conviene determinar los rasgos que pueden contribuir a configurar dicho concepto:

1. Intuición de lo jurídico: para la generalidad de las personas, el Derecho está constituido por las normas y preceptos contenidos en las leyes, los Decretos, los bandos del Alcalde y demás manifestaciones del poder a todos sus niveles. Ese es, en efecto el llamado Derecho positivo, pero no podemos pensar que lo jurídico se agota en el mismo, ya que, con independencia de ese Derecho positivo, la idea de lo jurídico anida en el espíritu humano desde que éste empieza a abrirse al mundo. Adviértase la firmeza con que el niño defiende aquello que considera como “suyo”, esto es, de su propiedad, o la irritación que le produce el ser castigado injustamente (y “propiedad” y “justicia” son conceptos eminentemente jurídicos). Más clara aún se evidencia esta intuición de lo jurídico en el hombre adulto: el más analfabeto labriego se opone a que otro invada sus tierras porque, aunque no conoce ninguna ley ni nadie acaso le haya hablado del Derecho, sabe perfectamente que eso “no debe” producirse.
2. Es factor de civilización y de cultura: La consideración más elemental del Derecho ve éste como un orden normativo, es decir, como algo que manda la realización de determinadas conductas y prohíbe otras. Sin embargo, la función que el Derecho ha realizado en la historia le sitúa muy por encima de esa primaria visión, ya que ha constituido a lo largo del tiempo un factor civilizador y cultural de singular importancia. Gracias al Derecho, las relaciones entre los hombres han ido perdiendo agresividad; la rudeza de los tiempos primitivos, en los que triunfaba siempre el más fuerte sobre el más débil, ha sido sustituida por un sistema en que el

³ GARCÍA GARRIDO, Manuel/ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; Iniciación al Derecho; Universitas; Madrid; 2000; pág. 8-11.

imperio de lo jurídico ha hecho posible que el débil pueda enfrentarse al fuerte e imponerse al mismo cuando tiene de su parte la razón del Derecho. De la mano de éste, se han ido introduciendo factores éticos en las relaciones intersubjetivas, cooperando de modo decisivo al progreso cultural y al avance del proceso civilizador y siendo uno de los elementos que han permitido el tránsito de la selva a la ciudad, de grupos humanos regidos por la razón de la fuerza a sociedades presididas por la fuerza de la razón. No en balde se ha dicho que nuestra cultura occidental se asienta sobre tres bases, una de las cuales es jurídica: el cristianismo, la filosofía griega y el Derecho romano.

3. Posibilitación de la auténtica vida humana: El hombre es un ser que viene al mundo cargado de posibilidades, de potencialidades de toda índole (espirituales, culturales, intelectuales y materiales), cuyo paulatino desarrollo, su puesta en práctica, hacen que dada vez sea “más hombre”, esto es, tenga una existencia más auténticamente humana. pero el desenvolvimiento de esas posibilidades requiere clara está, que el sujeto se encuentra con un medio adecuado: ¿hubiera dado frutos el talento de Fleming o de Madame Curie si hubieran nacido en un grupo subcultural y semianalfabeto?; ¿escucharíamos hoy las bellísimas composiciones de Mozart si su padre no hubiera sido músico y no le hubiese enseñado armonía desde niño?

Con independencia de circunstancias concretas, como en los ejemplos señalados, puede afirmarse de modo general que la actualización de las potencialidades humanas necesita una condición previa sin la que resulta imposible esperar un desenvolvimiento de las mismas: tal condición es que el sujeto viva en el seno de la convivencia social, pues únicamente ésta le proporciona los medios aptos para un integral desarrollo de su personalidad. El mito de Robinson Crusoe evidencia que el hombre aislado se halla radicalmente limitado en todas sus dimensiones. Por eso, el ser humano ha adoptado desde siempre una forma de vida colectiva, sin que entremos en este momento en la cuestión de si la

convivencia social es fruto de una tendencia natural o consecuencia de un pacto o convenio; nos limitamos a dejar constancia de la permanente existencia de grupos humanos, sociales, desde los albores de la historia.

Mas la sociedad, el grupo, es inconcebible sin el Derecho, que es el que determina lo que cada uno puede hacer y lo que debe tolerar que hagan los demás, el que establece las reglas de juego en las relaciones entre los miembros del grupo, el que, en fin, ordena la vida social. Sin reglas jurídicas resultan sencillamente impensables las sociedades humanas; dichas reglas serán muy simples e imperfectas cuando se trate de colectividades primitivas, o complejas y tecnificadas en grado sumo como las que se dan en las sociedades de nuestros días, pero siempre existirán. Eso es lo que se quiere expresar en el viejo aforismo *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*: donde hay hombre ahí hay sociedad, donde hay sociedad, ahí hay derecho.

Con tales precedentes, estamos en condición de proponer como concepto de “Derecho” el siguiente: *“orden regulador de conductas de convivencia o alteridad que afectan o interesan al grupo de modo especial”*.

El Derecho y la Sociedad

El hombre no es una realidad aislada en sí, no es existencia que pueda realizarse en una individualidad radical. Sí es individualidad inteligente, según vimos antes, es una unidad de querer y sentir distinta y única. No obstante, sus debilidades físicas le imponen la necesidad de acudir a actuar en conjunto, en grupo para realizar actividades que individualmente rebasarían sus capacidades.

Aunado a ello, esa muestra psicológica de que el ser humano experimenta gran sufrimiento o angustia cuando está solo, y no solamente por cuestiones de necesidades sino también porque es el único animal que requiere comunicarse.

Definitivamente que es en sociedad como el hombre alcanza su plenitud espiritual y personal. Es esto lo que nos recuerda Aristóteles cuando denomina al hombre “animal político”, porque requiere estar perpetuamente rodeado de sus congéneres y comunicar a ellos sus anhelos y necesidades, porque quien no necesita o no puede vivir en sociedad o es una bestia o un dios –La Política. L. 1, cap. II-.

El hombre es pues un ser sociable, un ser de colectividad y por ello, cuando la angustia viene por razón del albedrío del prójimo, se presenta la necesidad de equiparar las conductas a través de un mecanismo, este mecanismo es el Derecho, que a través de las normas que imponen un “deber ser” sugieren bajo apercibimiento de sanción, un comportamiento que asegura a todos la estabilidad y la certeza, esto es consciencia de que todos estamos llamados a dirigir nuestro hacer por los cauces normativos.

En esa relación DEBER SER- ALBEDRÍO -SOCIEDAD, se desenvuelve la más íntima de las realidades del Derecho pues la sociedad entendida como conjunto de los individuos agregados diseña un determinado modo de ser las relaciones intersubjetivas –deber ser-, el cual a través de la valoración debe ser elegido o preferido al hacer que representa una

rebeldía contra lo normado. Fenómeno que además de permitir apreciar al Estado y el Derecho, también permite apreciar la constante contraposición entre el sujeto y su libre querer y la voluntad social expresada en la norma: autonomía frente a la heteronomía, facultad de decisión frente a la proposición creída socialmente más adecuada, muestra definitiva de que pese a que el hombre sea complemento del grupo de seres humanos denominado “sociedad”, no pierde nunca su esencia individual pues al ser y a la operación individuales se unen el ser y las operaciones de la multitud congregada.

Y es que esa multitud congregada ordena su actividad al “bien común”, pero el hombre, al integrarse en la sociedad, no lo hace según la totalidad de su persona; no es la plenitud del ser humano que forma parte de ella, sino solamente algunos de sus aspectos y dimensiones. Una gran parte de nuestro ser, precisamente lo que tenemos de único, de intransferible, de radicalmente irreductible queda fuera de la sociedad y por encima de ella. Por consiguiente, ningún ordenamiento social puede regular la totalidad de la persona humana, sino tan sólo algunos de sus actos; y aquella parte que toma en consideración, no es, por lo tanto, la persona real y auténtica⁴. Dentro de esos ámbitos de regulación –normalmente denominadas *normas de conducta*– se halla un conjunto de expresiones del espíritu humano de las que no todas pueden ser reconducibles a lo jurídico. Así las normas del trato social, usos o costumbres, las normas morales.

La fenomenología de las normas de conducta humana

Si entendemos por norma toda manifestación de prescripciones que tienen la intención de encauzar la forma en que los seres humanos realizan sus relaciones dentro de la sociedad organizada, y si el hacer

⁴ PACHECHO G., Máximo; Teoría del Derecho, 4ª edic. Temis; Santiago de Chile; 1990; pág. 22 s.

humano abarca una amplísima gama de aspectos, entonces debemos tener en cuenta que las normas también son de varios tipos.

Así podemos citar a las normas del trato social, usos, convencionalismos o costumbres sociales. Estas son normas que imponen a los hombres una determinada conducta en la vida social fundadas en principios de buena educación, decoro, protocolo o cortesía. Ejemplos de tales normas son las que establecen normas de saludo, regalo, visitas, invitaciones, maneras de comportamiento en la mesa, en las reuniones, en el museo, decencia, , la urbanidad, la galantería, la finura, el compañerismo, etc.

Estas normas en general se pueden determinar como “reglas del trato social que suelen manifestarse en forma consuetudinaria, como mandatos colectivos anónimos, esto es, de la gente, de los demás, de los miembros de un determinado grupo o círculo social, y sin contar con un aparato coercitivo a su disposición, que fuerce inexorablemente a su cumplimiento, aunque sí cuenta con la amenaza de una sanción de censura o de repudio por parte del grupo social correspondiente.

Se puede caracterizar a estas normas por las siguientes notas:

- a. Consideran al hombre en su dimensión social y no individual, por lo cual, para hacerse necesarias, deben estar presentes dos personas al menos.
- b. Sólo afectan a la externa expresión del comportamiento humano, jamás penetran en la intimidad del ser, en la esfera de las intenciones originarias, en la profundidad de la vida humana.
- c. Entrañan un mandato cuya infracción acarrea una sanción de reprobación social, que a veces está determinada en forma previa en la misma norma (código de honor)
- d. Son normas heterónomas pues para su vigencia es necesario un proceso de adhesión íntima o de reconocimiento personal respecto a su utilidad o necesidad.
- e. Son normas unilaterales, sólo son obligaciones sin corresponsivo de facultad

- f. La sanción por la infracción de las reglas del trato social no acarrea de manera inevitable su cumplimiento, nunca consiste en la imposición forzada de la conducta prescrita, ni tiene tampoco el carácter de inexorable, sino que constituye una simple reacción reprobatoria de la sociedad o grupo contra el infractor.
- g. Poseen una validez relativa por cuanto no son normas que tengan valor para todos los tiempos y lugares; por el contrario, ellas están condicionadas por la época, el país, la clase social, el círculo, la profesión, la edad, etc.
- h. Persiguen como objeto suyo, hacer más agradable la convivencia humana.

Las normas morales. Distinción entre Derecho y moral

Otro de los sectores normativos propios de la convivencia social, está dado por los mandatos morales.

El Derecho apunta a la realización de valores utilitarios y de valores de carácter ético. Sin embargo, tiene un sentido diferente del que es característico de la moral.

Moral y Derecho son dos tipos de regulación o formación que se dirigen a la conducta humana, en tanto que humana. Por consiguiente, parece obvio que moral y Derecho se habrán de inspirar en valores éticos. O lo que es lo mismo, la ética, en sentido amplio, en tanto que consideración que abraza los problemas fundamentales del comportamiento humano, habrá de ocuparse no sólo de la moral, sino también del Derecho. No obstante, sucede que, aun siendo éticos los valores hacia los cuales apunta el Derecho y en los cuales éste debe inspirarse, tales valores que deben orientar lo jurídico son diversos de los valores pura y estrictamente morales. Por esta razón necesariamente son diversos el sentido de la moral y el sentido de la norma jurídica.

Los productos jurídicos históricos –tanto el Derecho que rigió o rige, como las doctrinas sobre el Derecho que debe ser (Derecho natural, Derecho racional, Derecho ideal)-, lo mismo que las convicciones y las filosofías morales, constituyen funciones de la vida humana; y esos productos históricos entrañan, por consiguiente, intencionalidades de valor: de valores jurídicos los primeros, de valores morales los segundos. Mas para que los incluyamos, respectivamente, en la denominación de Derecho o en la de moral no precisa que encarnen de un modo positivo y plenario los valores ideales correspondiente; basta con que los postulen intencionalmente y ofrezcan las características formales propias de la especie jurídicas los unos, y de la especie moral los otros. Lo que nos preguntamos es cuál sea el concepto universal común a todos los fenómenos y pensamiento jurídicos; y, asimismo, cuál se ala noción universal y común a todas las concepciones y a todos los hechos morales. Resulta pues, que este tema es muy diferente del que consiste en inquirir los ideales correspondientes a estos dos sectores o aspectos de la conducta humana.

La valoración plena a través de lo moral y la valoración especial en lo jurídico

La norma moral enjuicia la conducta humana a la luz de los valores supremos hacia los cuales debe orientarse la existencia del hombre; toma la vida humana en sí misma, en su plenitud, centrándola en su más auténtica y plenaria realidad –que es siempre la realidad individual, única, singular e intransferible. En suma, la moral enjuicia la vida humana desde el punto de vista plenario y con respecto a la finalidad suprema de la humana existencia.

En cambio, la norma jurídica enjuicia y regula el comportamiento humano desde el punto de vista de las repercusiones de éste sobre otras personas, es decir, en relación con las condiciones para ordenar la convivencia y la cooperación sociales.

La moral mira la bondad o maldad de un comportamiento en cuanto a la significación que éste tiene para la vida de un individuo, en cuanto al cumplimiento de su destinación, en cuanto a la realización de los valores más altos que deben orientar su existencia.

A diferencia de esto, el Derecho enjuicia la conducta, no desde el punto de vista de la bondad de un acto para el sujeto que lo realiza; ni mira el alcance de ese acto para la vida del individuo, sino que pondera el valor relativo que ese acto tenga para otro y otros sujetos, o para la sociedad en cuanto pueda constituir una condición positiva o una condición negativa para la vida de esos otros sujetos.

La unilateralidad de la moral y la bilateralidad del Derecho

Consecuencia de lo anterior es que la diferencia esencial entre la moral y el Derecho es ésta.

La moral considera los actos humanos en relación con el sujeto que los cumple dentro del ámbito individual de éste, determinando entre las conductas posibles cuál sea la debida: selecciona, entre las posibilidades del comportamiento, aquellas que son debidas o son lícitas y las opone en aquellas otras conductas posibles pero indebidas, ilícitas y prohibidas.

La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes, en cambio, las normas jurídicas pueden catalogarse como bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones.

Así mientras quien es deudor de otro se halla constreñido por la necesidad de pagar lo que debe, y en consecuencia, el acreedor puede exigir incluso por la fuerza pública el cumplimiento de tal pago, el niño de la calle que nos pide un córdoba, puede solicitarnos por “Dios”, lo que pide, mas no está autorizado a exigirnos tal entrega. Y es que el deber

“moral” o “religioso” de caridad con el pobre no faculta a éste a exigirlo simplemente porque tal deber no es una deuda.

Interioridad y exterioridad

En su obra “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, KANT expresa que conservar la vida, es sin lugar a dudas un deber, pero su cumplimiento carece casi siempre de significación ética. El hombre que conserva su existencia por amor a ella no realiza un acto virtuoso, porque el objetivo de su conducta no es la obediencia de la norma, sino una inclinación hondamente arraigada en el instinto. Supongamos ahora que un infeliz, víctima de la adversidad, ha perdido todo apego a la existencia y, aun deseando morir, conserva la vida, sin amarla, no por temor o inclinación, sino exclusivamente por respeto al precepto que le ordena no atentar contra la misma: no matarás. El comportamiento de este individuo tendrá un valor ético pleno.

No obstante, esta tesis que a priori aparece tan clara, no es tan exacta, puesto que el derecho no se conforma con la pura legalidad. A menudo penetra a través de conceptos precisos contenidos en reglas jurídicas, en el mundo de los valores morales, así por ejemplo, el principio civilista de que todo acto sea regido por la buena fe.

Por ello, es dable sostener que los intereses de la moral y del Derecho se mueven en planos distintos. Así, mientras la moral se preocupa por la vida interior de las personas y por sus actos exteriores sólo en tanto que descubren la bondad o maldad de un proceder, el Derecho atiende de forma primordial a los actos externos y después a los de carácter inmanente, pero ello, sólo en cuanto poseen trascendencia para la colectividad. Al Derecho interesa el ámbito objetivo de la conducta humana, la moral centra su atención en la faceta subjetiva. Aquél pondera el valor social de las acciones; éste analiza la pureza de los pensamientos y la rectitud del querer. En suma, en tanto el Derecho se

refiere a la realización de valores colectivos, la moral persigue la de valores personales⁵.

Finalidad del derecho y finalidad de la moral⁶

Distinguimos también el Derecho de la moral también por la finalidad a la que están enderezados. Así, en la moral, el deber se impone por razón del sujeto llamado a cumplir ese deber, porque se estima que tal conducta constituye una condición para la realización de los más altos fines del hombre. Por su parte, el precepto jurídico es emitido, pero no en consideración de la persona que debe cumplir tal precepto, sino de aquella otra persona (titular de la pretensión) autorizada para exigir el cumplimiento de una conducta ajena, en su propio beneficio o en beneficio de la sociedad.

Así en la moral no existe propiamente un sujeto titular de una pretensión o de una exigencia frente a la conducta del obligado –pues cuando para caracterizar la función de Dios en la moralidad se habla de los “derechos de Dios”, esto constituye una expresión metafórica para expresar la idea metafísica de dependencia radical de la criatura respecto de su Creador, que es por completo diversa del concepto de relación jurídica; ya que el vínculo entre el hombre y Dios jamás será una relación jurídica, sino una relación de absoluta dependencia. En la moral, hay deberes pura y simplemente; en el Derecho, en cambio, los deberes jurídicos tienen siempre el carácter esencial de una deuda a otra persona, o a la sociedad políticamente organizada. Se impone un deber jurídico a un sujeto, porque y en tanto que se quiera autorizar o conceder a otra persona la facultad de exigir ciertos actos u omisiones del primero. El deber jurídico de un sujeto

⁵ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; Introducción al estudio del Derecho; Porrúa; 1990; 19 ss.

⁶ RECASÉNS SICHES, Luis; introducción

es el medio para atribuir determinadas posibilidades o facultades a otro sujeto, facultades que se llaman derechos subjetivos.

Así resulta que el motivo de la norma moral y del deber que ésta impone es el bien del sujeto obligado; mientras que por el contrario, el motivo del Derecho no es la persona obligada, sino otro sujeto, a saber: la persona pretensora o autorizada, la que tiene la facultad de poder exigir de la obligada el comportamiento que estatuye la norma, esto es, la persona llamada titular del derecho subjetivo.

La libertad en el cumplimiento de las normas morales y de las jurídicas⁷ (coercibilidad o incoercibilidad)

Otra de las notas diferenciadoras entre lo moral y lo jurídico normativo, es la que indica que en tanto que la moral supone y requiere libertad en su cumplimiento, pues para que la conducta que marca pueda ser objeto de juicio moral, es necesario que el sujeto la realice por sí mismo, que responda a una posición de su propio querer –autarquía–, el derecho puede ser impuesto por la fuerza en cuanto a su cumplimiento. El derecho lleva aneja la posibilidad de que su cumplimiento sea impuesto porque el sentido intencional que tiene consiste en que objetivamente se produzca el comportamiento que establece como necesario para la vida social, como necesario para la estructura de la colectividad y para el funcionamiento de la misma, con independencia del modo de pensar y sentir del sujeto obligado.

Además, para que un deber moral impere como tal, singular y concretamente, sobre un cierto individuo, precisa que éste tenga la conciencia de dicha obligación, aun cuando se considere que las normas morales se fundan en valores ideales, objetivos, intrínsecamente válidos, sin embargo, no se puede decir que para un determinado individuo se dé

⁷ RECASÉNS SICHES, Luis; introducción, 87 ss.

un deber concreto y singular en su caso, en tanto que el sujeto no haya reconocido y sentido como obligatoria la norma en su fuero interno.

¿Cabe afirmar que el Derecho y la moral son dos islas dentro de la cultura humana que se hallan distantes una de otra?⁸

Las elementales diferencias que se han expuesto antes entre Derecho y moral no pueden significar para nada un divorcio total: no es dable afirmar que el Derecho esté vacío de orientación ética.

Dentro de la cultura humana, los valores informan las conductas humanas que inexorablemente también orientan en alguna medida a las normas jurídicas. Esos valores a los que aspira el Derecho, son valores pertenecientes a la región ética, pero son a la vez, distintos de los llamados estrictamente morales.

En el reino de los valores éticos cabe establecer una clasificación, la misma de la antigüedad clásica, según la cual existen tres tipos de valores éticos:

- Los estrictamente morales, esto es los que fundan la moral propiamente dicha, los que se refieren al cumplimiento de la suprema destinación o misión del hombre en su propia vida, y que suele englobarse bajo la denominación de honestidad.
- Los de la justicia, mejor dicho, los que deben servir de guía para el Derecho
- Los del decoro o decencia, relativos al aspecto externo de las relaciones interhumanas, que son los que fundan las reglas del trato social.

Dejando de lado los terceros, debemos repetir que el Derecho se halla orientado hacia unos valores que son de carácter ético. Sólo que esos valores éticos que deben inspirar al Derecho, en los cuales éste debe buscar su justificación, no son los mismos valores éticos que se refieren a la moral propiamente dicha, en sentido estricto de esta palabra, como

⁸ RECASÉNS SICHES, Luis; introducción, 93-98.

criterio supremo para la orientación de la conducta hacia el último fin o misión máxima de la vida de cada individuo.

Mientras que en la moral de la norma plenaria que abarca todos los ingredientes del comportamiento y gravita hacia la raíz de éste, proponiéndose conducir al hombre a la realización de sus fines supremos, el Derecho se propone sólo la realización de un orden cierto, seguro, pacífico y justo de la convivencia y de la cooperación humanas.

Sucede que, aun cuando el Derecho tenga también como fundamento principios éticos, no obstante, sus soluciones frente a determinadas situaciones pueden diferir de lo ordenado por la moral respecto a las mismas; diferir, aunque no sean contradictorias. Esto puede suceder incluso cuando se trata de una moral y de un Derecho pertenecientes al mismo sistema ético (filosófico) o a un mismo complejo de formaciones sociales positivas. Ahora bien, esas discrepancias, que a veces son grandes, no implican contradicción, es decir, no implican incompatibilidad, siempre y cuando la moral y el Derecho que comparemos pertenezcan al mismo sistema estimativo o de valores.

Retomando la opinión del eminente jurista Francisco Suárez (s XVII), la pregunta ¿debe contener el Derecho todo lo ordenado por la ley moral? Ha de responderse afirmando que “no”. Porque la ley jurídica positiva difiere de la ley moral en cuanto al fin, en cuanto a la extensión y en cuanto al sentido.

Así, el Derecho se inspira, no en la honestidad intrínseca de los actos, como la moral, sino en lo que requiera directa o inmediatamente el bien común.

Sostiene Suárez que el Derecho positivo no debe gobernar la realización de nada de lo que la moral prohíba, ni debe prohibir nada de lo que la moral obligue a cumplir. Pero el Derecho positivo no puede regular las conductas que se refieren a la perfección ideal del individuo; no debe

ordenar todas las virtudes, pues las relativas a la intimidad están excluidas de su fin. Ni tampoco el Derecho debe prohibir muchos vicios, por horribles y detestables que sean, cuando tales vicios no tienen inmediata y directa repercusión sobre el bien común. El fin del Derecho positivo no es la beatitud del individuo, sino tan sólo aquello que resulta necesario para la convivencia y cooperación sociales ordenadas de modo pacífico, seguro y justo. En tal sentido se puede proponer como ejemplo que el Derecho positivo no puede, no debe, prohibir la fornicación simple no escandalosa. No debe prohibirla, porque el fin del Derecho no es lograr la perfección moral de los individuos, su salvación, sino tan sólo ordenar la paz y la justicia exteriores, es decir, lo que es directamente indispensable o muy conveniente para el bien común; y por tanto, debe vedar solamente aquellos pecados que son inmediatamente dañinos para la colectividad, pero no puede prohibir aquellos otros pecados que no perjudican de manera directa, inmediata, a la comunidad, o aquellos cuyo castigo podría acarrear mayores males a ésta

Se deduce de esto, que el Derecho debe poder ser considerado como “condición para la posibilidad de la moralidad”, pero no debe convertirse en el agente positivo e inmediato del cumplimiento de la moral, porque ello es imposible, ya que morales pueden serlo tan sólo las conductas que se realizan por libre voluntad del sujeto, y jamás las impuestas coercitivamente. Y, además, porque imponer el cumplimiento de un deber puramente moral, de honestidad interna, constituye un monstruoso agravio a la dignidad ética del individuo, la cual requiere un ámbito de libertad para que el individuo se decida por propia cuenta, precisamente en la esfera de los deberes morales.

LA NORMA JURÍDICA

La experiencia jurídica, teoría tridimensional del Derecho⁹

Según BOBBIO¹⁰, la puesta en claro de una “teoría de la norma jurídica”, que se halle anclada sobre bases sostenibles, pasa por la necesidad de saber si toda norma es susceptible de ser sometida a tres ámbitos de valoración:

- ✓ Si es justa o injusta
- ✓ Si es válida o inválida
- ✓ Si es eficaz o ineficaz

Criterios que resultan de la exposición que históricamente han sostenido distintas escuelas jurídicas y que ha planteado la idea de que una norma para ser tal ha de pasar por el tamiz de lo justo o de la validez o de la eficacia. Como cada una de las corrientes ha defendido la superioridad de uno u otro de los criterios antes enunciados, se ha dado en denominar a este proceso reflexivo, como “reduccionismo” jurídico. Es decir que cada corriente de pensamiento jurídico, al anteponer uno de los criterios a los demás, o preferirlo como identificador del fenómeno normativo reduce la experiencia normativa. Cuestión que ha sido debatida en el seno de la doctrina y que se puede exponer de la manera que a continuación hacemos.

La teoría de la experiencia jurídica pretende captar toda la realidad del Derecho, consciente del riesgo que supone el reduccionismo jurídico provocado por las escuelas jurídicas históricas, pues ni el iusnaturalismo, ni el positivismo jurídico, ni el sociologismo jurídico habían creado

⁹ SORIANO, Ramón; Compendio de teoría general del Derecho; Ariel; Barcelona; 1986; pág. 11 ss.

¹⁰ BOBBIO, Norberto; Teoría general del Derecho; trad. de Eduardo Roza Acuña, 3ª reimpr.; edidebate; 1995; pág. 20.

métodos de conocimiento idóneos para captar la naturaleza íntegra del Derecho. Esta doctrina intenta reconducir a una unidad la diversidad de concepciones jurídicas, sin por ello caer en el error de marcar unas pautas fijas de comprensión de lo jurídico, sino dejando abiertas las ventanas a los aires renovadores de nuevas concepciones y metodologías jurídicas.

La doctrina de la experiencia jurídica entiende que el Derecho, más que un objeto de la actividad del hombre, es la actividad humana misma en el seno de las relaciones sociales; por consiguiente, el Derecho es una constante creación humana difícilmente reducible a uniformidad y criterios taxativos de ordenación.

Una manifestación de esta doctrina de la experiencia jurídica, de gran auge en la doctrina es la que sostiene la tridimensionalidad del Derecho, la cual ha venido a ser sin decirlo públicamente muy aceptada por los tratadistas. Veamos a continuación qué expone tal teoría.

En su *Teoria generale del Diritto*, BOBBIO, manifiesta que hay que distinguir tres aspectos o facetas en el concepto de Derecho¹¹:

- a. Validez
- b. Eficacia
- c. Justicia

Es decir, que la solidez del concepto que describe lo jurídico normativo, depende de ser sometido a una triple valoración y si estas valoraciones pueden ser consideradas como independientes entre sí. Por ello puede plantearse frente a cualquier norma jurídica un triple orden de problemas: si es justa o injusta; si es válida o inválida; si es eficaz o ineficaz.

El problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de la norma a los valores superiores o finales que inspiran un

¹¹ BOBBIO, Norberto; *Teoría general del Derecho*; trad. de Eduardo Roza Acuña, 3ª reimpr.; edidebate; 1995; 20- 38.

determinado orden jurídico. Ya que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente, dirige su propia actividad. Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia o injusticia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta o no para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado. El problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser. Plantear el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema deontológico del Derecho.

Por su parte el problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no. Mientras el problema de la justicia se resuelve con un juicio de existencia o de hecho; esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor, si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica. Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica. Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesario medirla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se trata de establecer la entidad y el alcance de un resultado. Particularmente, para decidir si una norma es válida (esto es si existe como regla jurídica que pertenece a determinado sistema) con frecuencia es necesario realizar tres operaciones:

Primero: Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, esto es, normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico.

Segundo: Comprobar si no ha sido derogada, comoquiera que una norma puede haber sido válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir que lo sea todavía, lo que sucede cuando una norma posterior en el tiempo la ha derogado expresamente o ha regulado la misma materia.

Tercero: Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (lo que también se llama derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior, o con una norma posterior, puesto que en todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo (así como en un sistema científico dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas válidas). El problema de la validez jurídica presupone que se haya dado respuesta a la pregunta: ¿qué se entiende por derecho? Se trata, queriendo adoptar una terminología familiar entre los filósofos del derecho, del problema ontológico del derecho.

El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Que una norma exista en cuanto norma jurídica, no significa que también sea constantemente cumplida. La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y mientras se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la más típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la

eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del derecho.

Independencia de los tres criterios antes enunciados

Estos tres criterios de valoración de una norma da origen a tres clases distintas de problemas, independientes entre sí, en el sentido de que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de justicia ni de la validez. Seis proposiciones que se hacen a continuación pueden aclarar este punto.

- a. **Una norma puede ser justa sin ser válida:** para dar un ejemplo clásico, los teóricos del derecho natural formulaban en sus tratados un sistema de normas sacadas de principios jurídicos universales. Quien formulaba estas normas, las consideraba justas porque las reputaba coherente con principios universales de justicia. Pero estas normas, mientras quedaran solamente escritas en un tratado de derecho natural, no eran válidas. Adquirían validez solo en la medida en que fueran acogidas en un sistema de derecho positivo. El derecho natural puede ser considerado el derecho justo por excelencia; pero por el solo hecho de ser justo, no es también válido.
- b. **Una norma puede ser válida sin ser justa:** En este punto no es necesario ir tan lejos para encontrar ejemplos. Ningún ordenamiento jurídico es perfecto, pues entre el ideal de justicia y la realidad del derecho hay siempre un vacío más o menos grande según los regímenes. En verdad el derecho que, en todos los regímenes de cierto período histórico y en algunos regímenes que hoy consideramos de civilización atrasada, admitía la esclavitud, no era justo, pero no por esto era menos válido. Hasta hace poco existieron normas racistas que ninguna persona racional puede considerar justas y sin embargo, eran válidas. Un socialista difícilmente considera justo un orden que reconoce y protege la propiedad privada; así como un reaccionario difícilmente

reconocerá como justa una norma que considera lícita la huelga y, sin embargo, ni el socialista ni el reaccionario dudarán del hecho de que en un ordenamiento positivo como el nicaragüense, tanto las normas que regulan la propiedad privada como las que reconocen el derecho de huelga son válidas.

- c. **Una norma puede ser válida sin ser eficaz:** El caso de las leyes sobre la prohibición de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos de Norteamérica, que rigieron entre las dos guerras mundiales, se cita como el más sonado. Se dice que el consumo de bebidas alcohólicas durante el régimen de prohibición no fue inferior al consumo del período inmediatamente posterior, cuando se levantó la prohibición. Ciertamente se trataba de leyes “válidas”, en cuanto emanaban de los órganos competentes para esta función, pero no eran eficaces. Sin ir muy lejos, algunos preceptos de la Constitución nicaragüense como la famosa protección contra el hambre contenido en el artículo 63.
- d. **Una norma puede ser eficaz sin ser válida:** Existe una gama de normas sociales que se cumplen espontánea o habitualmente, es decir, que son eficaces, como por ejemplo, las reglas de la buena educación propias de algunos círculos sociales. Estas reglas, por el solo hecho de ser cumplidas, no llegan a pertenecer a un sistema jurídico, esto es, no adquieren validez jurídica. Se podría objetar que el derecho común constituye un evidente ejemplo de normas que adquieren validez jurídica, es decir, que llegan a ser parte de un sistema normativo, solo mediante su eficacia. ¿No es acaso la eficacia el uso constante, regular, uniforme que se exige a una costumbre para tenerla como jurídica? Pero a esta objeción se puede responder que ninguna costumbre se vuelve jurídica por medio del uso, porque lo que la hace ser jurídica, lo que la incluye en un sistema, es el hecho de ser acogida y reconocida por los órganos competentes para producir normas jurídicas en ese sistema, como el legislador o el juez. Mientras sea solamente eficaz, una norma consuetudinaria no se vuelve norma jurídica. Se vuelve jurídica cuando los órganos del poder le atribuyen validez. Lo que

confirma que la eficacia no se transforma directamente en validez y, por lo tanto, una norma puede continuar siendo eficaz sin que por esto llegue a ser jurídica.

- e. **Una norma puede ser justa sin ser eficaz:** Ya se ha dicho que una norma puede ser justa sin ser válida. No debemos dudar en agregar que puede ser justa sin ser eficaz. Cuando la sabiduría popular dice que “no hay justicia en este mundo”, se refiere al hecho de que aunque son muchos quienes teóricamente exaltan la justicia, pocos son quienes la practican. Por lo general, para que una norma sea eficaz debe ser también válida. Si es verdad que muchas normas de justicia no son válidas, con mayor razón tampoco son eficaces.
- f. **Una norma puede ser eficaz sin ser justa:** El hecho de que una norma sea universalmente respetada no demuestra su justicia, del mismo modo que el hecho de no ser respetada no es prueba de su injusticia. La derivación de la justicia a partir de la eficacia se podría equiparar a uno de los argumentos que de ordinario se esgrimía entre los iusnaturalistas, al llamado argumento del *consensus humani generis*, o más simplemente, del *consensus omnium*. En tal sentido, se interrogaban los iusnaturalistas si es posible considerar máxima del Derecho natural aquella la que es aceptada por todos los pueblos –y algunos acotaban a “algunos de los pueblos civilizados”. La respuesta de los miembros más intransigentes de dicha escuela a lo sumo era negativa. Y con razón: el hecho de que la esclavitud, por ejemplo, fuese practicada por todos los pueblos civilizados en cierto período histórico, no transforma la esclavitud en institución conforme a la justicia. La justicia es entonces, independiente de la validez, pero también es independiente de la eficacia.

Posibles confusiones entre los tres criterios

Afirmar la independencia que guardan entre sí los valores de la norma jurídica, implica también analizar las posibles objeciones que lleven a la confusión de los tres criterios.

Y es que cada uno de los tres criterios examinados hasta aquí señala un campo bien preciso de investigación para el filósofo del derecho. Se puede llegar incluso a afirmar que los tres problemas fundamentales, de los cuales ha tratado tradicionalmente la filosofía del derecho, coinciden con las tres calificaciones normativas: la de la justicia, la de la validez y la de la eficacia. El problema de la justicia da lugar a todas aquellas investigaciones que tratan de explicar los valores supremos hacia los cuales tiende el derecho; en otras palabras, los fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamientos jurídicos, con su conjunto de reglas y de instituciones. De aquí nace la filosofía del derecho como teoría de la justicia.

El problema de la validez constituye el núcleo de las investigaciones dirigidas a precisar en qué consiste el derecho como regla obligatoria y coactiva, cuáles son las características peculiares del ordenamiento jurídico que lo hacen diferente de otros ordenamientos normativos (como el moral), y por lo tanto no los fines que deben realizarse, sino los medios dispuestos para el logro de esos fines, o el derecho como instrumento para la realización de la justicia. De aquí nace la filosofía del derecho como teoría general del derecho.

El problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis del carácter histórico y sociológico. De aquí nace el aspecto de la filosofía del derecho que lleva a la sociología jurídica.

Los autores de varias épocas, al ocuparse del tema en cuestión, han postulado ideas distintas sobre la distinción de los tres ámbitos. Así, quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos

aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados. Si se ha insistido en la distinción e independencia de las tres valoraciones, es porque parece perjudicial su confusión, y principalmente porque resultan inaceptables otras teorías que no hacen esta clara distinción, y que, por el contrario, tienden a reducir alguno de estos tres aspectos a los otros dos, haciendo, lo que recientemente se ha dado en llamar “labor de reduccionismo”. Reduccionismo que es expresado por tres corrientes de pensamiento jurídico.

En tal sentido, hay una teoría que reduce la validez a la justicia, afirmando que una norma es válida sólo si es justa; en otras palabras hace depender la validez de la justicia. El ejemplo histórico más evidente de este reduccionismo es la doctrina del derecho natural. Otra teoría reduce la justicia a la validez, en cuanto afirma que una norma es justa por el solo hecho de ser válida, es decir, hace depender la justicia de la validez. El ejemplo de este pensamiento nos lo representa la doctrina históricamente antagónica del derecho natural: el positivismo jurídico. Finalmente, la tercera tesis reduce la validez a la eficacia por cuanto afirma que el derecho verdadero no es el que se encuentra consignado en una Constitución, en un código, o en un cuerpo de leyes, sino que es aquél que los hombres efectivamente aplican en sus relaciones cotidianas; esta teoría hace depender, en última instancia, la validez de la eficacia. El caso histórico más radical en este sentido lo ofrecen las corrientes llamadas realistas de la jurisprudencia estadounidense, y sus antecesoras nórdicas.

Crítica: Tales concepciones se hallan viciadas por el error del “reduccionismo” que lleva a eliminar o, por lo menos, a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y

consecuentemente la mutilan. La iusnaturalista y la realista no logran ver la importancia del problema de la validez; la positivista cree poder liberarse del problema de la justicia.

Veamos a continuación cada una de las argumentaciones:

El derecho natural. A nuestros intereses en este punto, conviene decir que el iusnaturalismo es la manifestación de pensamiento jurídico que entiende la ley sólo en cuanto es conforme a la justicia. Así, una ley que no se adecua a la justicia, *non est lex sed corruptio legis*. Idea de tal principio nos ofrece la siguiente cita:

“Cuando una ley niega conscientemente o rechaza los derechos del hombre, adolece de validez...los juristas también deben tener el valor para negarle el carácter jurídico”.

“Pueden darse leyes de contenido tan injusto y perjudicial que hagan necesario negarles su carácter jurídico...puesto que hay principios jurídicos fundamentales que son más fuertes que cualquier normatividad jurídica hasta el punto que una ley que los contradiga carecerá de validez”.

“cuando la justicia no es aplicada, cuando la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada por las normas del derecho positivo, la ley no solamente es derecho injusto sino que en general carece de juridicidad”
(Rechtsphilosophie, 1950, pág. 336-353) .

Tales ideas bien merecen las siguientes razones:

- a. Nadie puede desconocer que el derecho ha de corresponder a la justicia.
- b. Cuando nos planteamos el problema de saber qué es el derecho en una determinada situación histórica, nos preguntamos qué es en

realidad el derecho, pero no qué quisiéramos que fuera o que debiera ser el derecho

- c. Si nos interrogamos qué es en realidad el derecho, no podemos más que responder que en la realidad vale como derecho hasta el derecho injusto, y que no existe ningún ordenamiento que sea perfectamente justo.

Sería posible reconocer como derecho el que es justo a condición de que la justicia fuera una verdad evidente, o por lo menos, demostrable como una verdad matemática, y que, por lo tanto, ningún hombre pueda tener dudas sobre lo que es justo o injusto. Esta en realidad ha sido siempre la pretensión del iusnaturalismo en sus distintas fases históricas. Así, se puede dar otro concepto sobre lo que es el iusnaturalismo: “es la teoría que considera poder establecer lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido”.

Pero, ¿dicha pretensión tiene validez demostrable? Al menos por los desacuerdos evidentes entre los mismos seguidores del iusnaturalismo, la respuesta ha de ser NO. Sino, como se justifica que KANT, iusnaturalista moderno, sostenga que la libertad era natural; pero que para ARISTÓTELES la esclavitud era natural. Para LOCKE, la propiedad privada era natural, pero para todos los utopistas socialistas, la institución más conforme a la naturaleza humana era la comunidad de bienes. Esta diversidad de opiniones entre los mismos iusnaturalistas dependía de dos razones fundamentales: 1) El término “naturaleza” es un término genérico que adquiere diferentes significados según la forma como se use. ROUSSEAU ya lo había dicho: “no sin sorpresa y sin asombro se confirma el poco acuerdo que reina sobre esta importante materia entre los diferentes autores que la tratan. Entre los más serios escritores apenas se encuentran dos o tres que compartan la misma opinión sobre este punto” (*discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*); 2) Aunque el significado del término fuera unívoco, y todos los que recurren a él estuvieran de acuerdo en aceptar que algunas tendencias son naturales y otra no, de la comprobación de que una tendencia es natural no se puede deducir que esa tendencia sea buena o

mala, ya que no se puede deducir un juicio de valor de un juicio de hecho, así, HOBBS y MANDEVILLE, estaban de acuerdo en la natural tendencia del hombre al utilitarismo, sólo que dicha opinión es sostenida en cada uno de forma distinta: mientras para HOBBS este instinto natural llevaba a la destrucción de la sociedad –*homo hominis lupus*–; para MANDEVILLE, era ventajoso, y había que darle plena libertad.

Resulta entonces que si la observación de la naturaleza no ofrece apoyo suficiente para determinar lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido, la reducción de la validez a la justicia solo puede llevar a una grave consecuencia: a la destrucción de uno de los valores fundamentales y básicos para el derecho positivo (entiéndase el derecho válido), el valor de la certeza. En efecto, si la distinción entre lo justo y lo injusto no es universal, hay que plantearse este problema: ¿a quién corresponde establecer lo que es justo y lo es injusto? Hay dos respuestas posibles:

- a) Corresponde a quien o a quienes tienen el poder; pero esta respuesta resulta aberrante, porque en este caso si bien se conserva la certeza del derecho, se convierte la doctrina que resuelve la validez en justicia en la doctrina completamente opuesta, esto es, en la que resuelve la justicia en validez, desde el momento que reconoce como justo lo que es ordenado;
- b) Corresponde a todos los ciudadanos; en este caso, puesto que los criterios de justicia son diversos e irreductibles, al ciudadano que desobedeciere la ley por considerarla injusta, y por injusta inválida, los gobernantes no podrían objetar nada, y la seguridad de la convivencia social dentro de la ley quedaría completamente destruida.

Se puede entonces que en el iusnaturalismo, la reducción del derecho a la justicia, está más afirmada que aplicada.

El positivismo: La teoría opuesta al iusnaturalismo es la doctrina que reduce la justicia a la validez. Mientras que para el iusnaturalismo

clásico tiene, sería mejor decir debería tener, valor de orden solo que es justo, para la doctrina opuesta es justo solo lo que es ordenado y por el hecho de ser ordenado.

Para un iusnaturalista, la norma sólo es válida si es justa. Para un positivista, una norma sólo es justa si es válida. Para unos la justicia es la consagración de la validez, para otros la validez es la consagración de la justicia. En tal sentido, cuando KELSEN afirma que lo que constituye al derecho como derecho es la validez, en absoluto quiere afirmar que el derecho válido sea también justo, aunque para él los ideales de justicia son subjetivos e irracionales; el problema de la justicia es para KELSEN un problema ético muy diferente del problema jurídico de la validez.

Como es de observar, la consecuencia es la reducción de la justicia a la fuerza. Si no existe más criterio de lo justo y de lo injusto que la voluntad del soberano, hay que resignarse a aceptar como justo lo que le agrada al más fuerte, desde el momento en que el soberano, si no es el más justo de los hombres sí es ciertamente el más fuerte (y permanece como soberano no ya mientras sea justo, sino mientras sea el más fuerte). La distinción entre validez y justicia sirve precisamente para distinguir la justicia de la fuerza. Cuando esta distinción desaparece y la justicia se confunde con la validez, también se hace imposible distinguir entre justicia y fuerza. De esta forma, volveremos a la célebre doctrina sofista, refutada por SÓCRATES. Trasímaco, preocupado por la discusión sobre la justicia que SÓCRATES desarrolla con sus amigos, interviene como un animal salvaje —escribe Platón— que quiere destrozar a los presentes, y, después de haber dicho que las afirmaciones de SÓCRATES son patrañas, enuncia su definición con estas célebres palabras: “Y escuchad bien. Yo afirmo que la justicia no es otra cosa que lo que es útil para el más fuerte”.

El realismo jurídico: En la historia del pensamiento jurídico del siglo pasado, algunos autores, preguntándose por el momento constitutivo de la experiencia jurídica, lo han hecho, no a partir de los ideales de justicia en que se inspiran los hombres o en que estos dicen inspirarse, ni ya en los

ordenamientos jurídicos positivos, sino que más bien han buscado ese momento constitutivo de la experiencia jurídica, en la realidad social en la que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen las reglas de conducta que los gobiernan.

Siguiendo la terminología adoptada, podemos decir que estos movimientos, entre los diferentes aspectos que presenta el fenómeno jurídico, han considerado de manera especial la eficacia más que la justicia o la validez. Ellos libran una batalla en dos frentes: contra el iusnaturalismo, que tiene una concepción ideal del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene una concepción formal del derecho. En antítesis con el iusnaturalismo, estas corrientes se pueden llamar realistas; en antítesis con el positivismo “contenidistas”, en el sentido de que no observan al derecho como debe ser, sino al derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un conjunto de normas efectivamente aplicadas en determinada sociedad. Desde su punto de vista, el realismo proclama que los iusnaturalistas y los positivistas pecan por abstracción. Los primeros porque confunden el derecho real con las aspiraciones de justicia, y los segundos porque lo confunden con las reglas impuestas y formalmente válidas, que a menudo son también formas vacías de contenido. Los positivistas observan sólo el conflicto entre derecho válido y derecho justo.

Se puede apreciar que esta forma de plantear lo jurídico se puede resumir también a un asunto de fuentes del derecho. Esto es una crítica al monopolio de la ley y en la revalorización de otras dos fuentes distintas de la ley, el derecho consuetudinario y el derecho judicial (el juez legislador). Veamos a continuación, cómo se presenta la relación entre validez y eficacia en estas dos fuentes:

1. En cuanto al derecho consuetudinario se ha dicho que es el derecho en el cual coinciden validez y eficacia, en el sentido que mientras se puede concebir una ley válida que no sea eficaz, no se puede

concebir una costumbre que siendo válida no sea eficaz, porque si falta la eficacia, se pierde también la repetición uniforme, constante y general, que es uno de los requisitos esenciales de la misma costumbre. Pero tal afirmación no es completamente exacta: sí es exacto decir que en el derecho común la validez va siempre acompañada de la eficacia, no es igualmente exacta la proposición inversa, esto es, que la eficacia vaya siempre acompañada de la validez.

Sostener la razón de que una costumbre se torna válida como consecuencia de su eficacia, equivaldría a sostener que un comportamiento se vuelve jurídico por el solo hecho de ser constantemente repetido. Es sabido, en cambio, que no basta que un comportamiento sea efectivamente cumplido por el grupo social para que se vuelva una costumbre jurídica. ¿Qué otra cosa es necesaria? Pues además es necesario lo que se llama “validez”, esto es, que ese comportamiento constante, que constituye el contenido de la costumbre, reciba una forma jurídica, o que sea acogido en un determinado sistema jurídico, como comportamiento obligatorio, es decir, como comportamiento cuya violación implica una sanción. Esta forma jurídica es atribuida al derecho consuetudinario por la ley, en cuanto la invoca, o por el juez en cuanto este obtenga la materia de su decisión de una costumbre, o de la voluntad concorde de las partes.

2. Por lo que hace al nuevo y mayor énfasis que las escuelas sociológicas dan a la figura del juez creador del derecho, aquí nace solamente el problema de si se puede considerar verdadero derecho al derecho viviente o en formación, al derecho que nace espontáneamente de la sociedad, a la cual recurren los teóricos de la corriente sociológica del derecho. A este propósito es necesario distinguir entre fuentes de conocimiento y fuentes de calificación del derecho. El derecho vivo es pura y simplemente un hecho o una serie de hechos de los cuales el juez saca el conocimiento de las aspiraciones jurídicas que se van formando en la sociedad. Pero

para que estas aspiraciones se conviertan en jurídicas, es necesario que el juez las acoja y les atribuya la autoridad normativa que es inherente a su función de órgano capaz de producir normas jurídicas. El derecho viviente no es aún derecho, es decir, norma o conjunto de normas de ese sistema, hasta cuando es solamente eficaz. Lo llega a ser cuando el juez, en cuanto sea reconocido como creador del derecho, le atribuye también esa validez. En realidad se puede hablar de un juez creador de derecho precisamente en cuanto las reglas que él descubre en la realidad social no son todavía reglas jurídicas, y no lo son hasta que él no las reconoce y les atribuye fuerza coactiva.

Definitivamente, sólo apreciando los valores del Derecho desde las ópticas que hemos expuesto: validez, eficacia, justicia, es posible que se realice un acercamiento objetivo a lo universal jurídico.

LAS FUNCIONES DEL DERECHO¹²:

La experiencia cultural humana, en la que hemos descubierto al Derecho, implica que dediquemos ahora tiempo para apreciar cuál o cuáles son las funciones que cumple el Derecho en la realidad social:

Se puede afirmar que las funciones del Derecho son: a) Certeza y seguridad; b) resolución de los conflictos de intereses; y c) organización, legitimación y restricción del poder político.

- a) **Certeza y seguridad:** ciertamente en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de la justicia, el reconocimiento de la dignidad de la persona, las libertades básicas de éstos, el bienestar general o bien común, etc. y es verdad que un Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva satisfactoriamente a dichos valores.

No obstante, también es cierto que el Derecho no surge primeramente como un mero tributo a esos valores de superior rango, sino que es gestado bajo el estímulo de unas necesidades que se dan perentoriamente en la vida social, entre ellas: la urgencia de certeza y seguridad, y, al mismo tiempo la necesidad de un cambio progresivo.

El Derecho es articulado por los seres humanos bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido); o sea bajo el estímulo de una urgencia de orden en la vida social.

Esa urgencia de certeza, nace de la inexorable “libertad e incoercibilidad del albedrío humano”, de no saber yo a qué atenerme frente al otro individuo que tengo enfrente, urgencia por saber cómo se comportarán y urgencia por saber qué es lo que puedo hacer frente al actuar del otro. Y para el hombre, se hace preciso además de saber a qué atenerse, sobre lo que deba suceder,

¹² RECASÉNS SICHES, Luis; 112 ss.

también se halla urgido de saber que esto sucederá forzosamente; es decir: precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero además de la seguridad de que la regla será cumplida, de que estará poderosamente garantizada.

Si el Derecho cumple una función de “certeza” y de “seguridad”. Pero ¿respecto de qué? Parece que la respuesta debe ser: Seguridad de aquello que a la sociedad de una época y de un lugar le impropia fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. Por eso, el contenido del Derecho varía según los pueblos y los tiempos en el proceso de la historia. Pero, en todo momento, sea cual sea su contenido, el Derecho representa una función de seguridad, de orden cierto y eficaz.

Los valores superiores que deben inspirar al Derecho están referidos a los fines que mediante él deben ser cumplidos. Y claro es que un ordenamiento jurídico no estará justificado sino en la medida en que cumpla satisfactoriamente los valores supremos que deben servirle de orientación. Pero lo jurídico del Derecho no radica en estos valores, sino en la forma de la realización de los mismos, precisamente mediante instrumentos jurídicos. Es en todo caso, la estimativa jurídica la que debe determinar en todo caso los criterios para el perfeccionamiento y para la orientación del Derecho. Ella establecerá cuáles sean los valores supremos que han de ser plasmados en el Derecho, en fin será la medida para determinar qué es lo que puede justificadamente entrar dentro del contenido del Derecho, y qué es lo que no puede lícitamente constituir objeto de normas jurídicas, por ejemplo, el pensamiento religioso, el pensamiento filosófico, el científico y artístico, frente a los cuales, el Derecho no debe sino garantizar su libertad, pero de ninguna manera regularlos taxativamente.

Aunque no debe entenderse las funciones de certeza y de seguridad en términos absolutos, sino con un alcance limitado y relativo por los siguientes motivos:

- Aunque los hombres elaboran Derecho positivo movidos por el deseo de obtener alguna certeza y seguridad en

determinadas relaciones sociales, lo que les importa no es cualquier certeza y seguridad, sino precisamente certeza y seguridad en lo que entienden como pautas de justicia, libertad y bienestar social.

- Pese a que el deseo de seguridad es uno de los afanes fundamentales de la vida humana, no es el único de éstos, sino que coexiste con otros deseos de tipo contrario, tales como el anhelo de cambio, la aspiración de mejora y progreso. Sucede que si bien, por una parte, el Derecho sirve a un propósito de certeza y seguridad, por otra, sirve también a las necesidades suscitadas por el cambio social y por los deseos de mejora y progreso. Se nota pues, que el Derecho pretende ser estable, no obstante, también debe someterse a una regla: no puede permanecer invariable, sino que por el contrario, deber ir cambiando al compás de las nuevas circunstancias y necesidades sociales. La seguridad perfecta equivaldría a la absoluta inmovilidad de la vida social. Mejor dicho, equivaldría a la imposibilidad de la vida humana. Pero por otra parte, el cambio incesante, la carencia de un elemento permanente y la falta de toda forma estable, harían imposible la vida social.
- A veces, la urgencia de seguridad entra en colisión con el deseo de una mejor justicia. Tales conflictos entre seguridad y justicia se resuelven según las características y condiciones del caso concreto, unas veces a favor de la seguridad, y otras, heroicamente, sacrificando la seguridad en aras de la justicia.
- A pesar de esa función esencial, formal, de garantía, hay siempre un margen de incertidumbre y de inseguridad en el Derecho. Ese margen de incerteza y de inseguridad en el Derecho se manifiesta en lo que respecta al resultado del proceso judicial o administrativo en cada caso concreto. Si con respecto a cualquier problema o conflicto, hubiese plena seguridad sobre el resultado de la decisión en un proceso

jurisdiccional, en realidad no habría litigios y sobrarían por completo los abogados.

- Hay también un margen de incertidumbre y de inseguridad en los hechos de que la producción de nuevas leyes y reglamentos nunca cesa, sino que, por el contrario, sigue desenvolviéndose, abrogando viejas reglas y sustituyéndolas por otras nuevas. Esto, aun cuando la mayor parte de las nuevas normas no tengan efectos retroactivos, y por lo tanto no afecte a los derechos adquiridos, por lo menos destruye muchas expectativas que se habían fundado sobre viejas normas.

b) Resolución de los conflictos de intereses: otra de las funciones que el Derecho cumple dentro de la vida humana es ésta. Como cada individuo tiene la capacidad de ver el mundo de acuerdo a su propia perspectiva, los intereses se presentan como manifestaciones de expectativas y anhelos de cada uno de ellos. Pero como no es físicamente posible la satisfacción de todos y cada uno de esos anhelos y expectativas, se produce una competencia entre dichos individuos en cuanto a sus varios intereses concurrentes; tal competencia suele dar lugar a controversias.

Como tales controversias han de solucionarse debemos expresar que ello sólo es posible a través de dos formas: El uso de la fuerza, triunfa el más fuerte, el que tenga más armas, el que tenga más astucia. El segundo medio es la regulación objetiva (es decir que no derive de ninguna de las partes del conflicto, sino de una autoridad imparcial y que sea impuesta a aquellas partes por otro sujeto igual), la cual sea obedecida por los antagonistas.

Para zanjar los conflictos de intereses entre los individuos o entre los grupos, el Derecho debe realizar las siguientes operaciones:

- Clasificación de los intereses opuestos en dos categorías. Primero, intereses que merecen protección; y segundo, intereses que no merecen protección, por ser ilícitos, o por no caer dentro de las materias reguladas por el Derecho.

- Discrimina de entre los intereses merecedores de tutela, cuáles deben tener prioridad o preferencia sobre otros intereses; y además, establece los esquemas de posible armonización o compromiso entre los intereses sólo parcialmente opuestos.
- Define los límites dentro de los que esos intereses deben ser reconocidos y protegidos, a través de normas jurídicas, que sean individualizadas congruentemente e impuestas por la autoridad judicial o por la administrativa, en caso necesario, en caso de que tales normas no sean espontáneamente cumplidas por los sujetos obligados.
- Establece y estructura unos órganos para desempeñar las siguientes tareas: declarar las normas que sirvan como criterio para resolver los conflictos de interés; desenvolver y particularizar dichas normas; dictar normas individualizadas – sentencias y decisiones administrativas- en las que se concreten las reglas generales; y ejecutar estas normas individualizadas.

El Derecho, para zanjar los conflictos de interés, necesita no solamente unos criterios valoradores adecuados, sino que además necesita también estar apoyado por el poder que quiere ser el más fuerte de todos los poderes sociales, es decir, por el poder político, o sea por el Estado.

En la resolución de los conflictos de intereses operan muchos y muy variados hechos sociales. Resumiendo, puede proponerse como ideas que resumen los varios tipos concretos de intereses humanos que inciden en las formas en que el Derecho resuelve los conflictos:

1. Intereses individuales 2. Intereses sociales, 3. Intereses públicos.

Por lo que hace a los intereses individuales, debe decirse que comprenden los relativos a la personalidad, vida, integridad corporal, salud de conciencia, de pensamiento y religión, libertad frente a la coacción ya la engaño, libertad de domicilio, libertad de locomoción, libertad de contratación, libertad de trabajo, honor, reputación, privacidad, propiedad, cumplimiento de los contratos,

libertad de matrimonio, defensa del hogar y de la morada, los relativos a las relaciones entre los esposos y entre los padres y los hijos, etc.

En cuanto a los intereses sociales, por ejemplo la paz y el orden; la seguridad general, la cual comprende también la seguridad en la eficacia de todas las normas jurídicas; el bien común o bienestar general; el progreso y la difusión culturales, la decencia pública, la conservación de los recursos naturales, la existencia de un orden social que provea a todos con oportunidades parejas; el desarrollo económico; la prosperidad, etc.

En relación con los intereses públicos, por ejemplo, los intereses del Estado en tanto que tal, es decir, en tanto que la organización política puede tener determinadas necesidades, como por ejemplo, la percepción de impuestos para sostener las cargas públicas, la defensa nacional, etc.

- c) Organización, legitimación y limitación del poder político: El Derecho satisface también la necesidad de organizar el poder político, esto es, el poder del Estado y de los demás entes públicos que lo integran. El Derecho precisamente organiza la serie de órganos competentes que hablan y actúan en su nombre. Sucede que, si bien por una parte, el Derecho positivo formalmente válido y además vigente es en realidad tal Derecho positivo de manera efectiva porque y en tanto lo apoya el poder del Estado; en cambio, por otra parte acontece también que el poder del Estado está organizado y ungido por el Derecho, o, dicho con otras palabras, el Derecho es uno de los ingredientes más importantes del poder del Estado. En efecto, por un lado, el poder del Estado se apoya sobre una serie de hechos sociales, y es poder estatal precisamente porque es el resultado de los poderes sociales más fuertes. Pero, a su vez, el Derecho da al poder del Estado su organización.

La organización del poder político a través del Derecho representa una limitación de ese poder. En efecto, un poder no organizado, no sometido a determinadas formas, no especificado en una serie de diversas competencias, sería un poder que llegaría tan lejos como

llegase la influencia efectiva que ejerciera en cada momento sobre sus súbditos. El alcance de tal poder político no organizado no estaría restringido nada más que por los límites de su propia fuerza: llegaría en cada instante hasta donde llegase esa fuerza; y en ocasiones, sería tal vez abrumador y se convertiría en tiranía insoportable. Otras veces, cuando fallase total o parcialmente la influencia efectiva de ese poder político no organizado, o llegaría a no existir en aquel momento, o su alcance vendría a ser muy corto cuando fallara en parte. Así pues, la organización jurídica del poder dota a éste de una mayor estabilidad, de una mayor regularidad; pero, al mismo tiempo, limita el alcance de ese poder, porque tal alcance está definido, determinado, confinado por el Derecho y, consiguientemente, no puede ir más lejos de lo establecido en el Derecho, en tanto quiera permanecer como poder jurídico y no quiera intentar convertirse en mero poder arbitrario; o sea en tanto que se desenvuelva como Estado de Derecho.

La naturaleza de la norma jurídica¹³

Sobre este tema se ha propuesto, por parte de la doctrina, un sinnúmero de teorías, y ello hace necesario dar a priori, como introducción al tema, una definición genérica sobre la que pueda existir una suerte de acuerdo generalizado. Desde esta perspectiva, las normas jurídicas pueden ser definidas como “reglas de motivación social para inducir a los hombres a un determinado comportamiento. Es una regla de motivación indirecta o condicionada, porque no influye y dirige el comportamiento ajeno sin condiciones, con solo la autoridad de quien dicta la regla o racionalidad de su contenido, sino ofreciendo como alternativa a su incumplimiento una consecuencia desagradable para el destinatario de la norma. La norma moral constituye un ejemplo válido de regla de motivación directa; la norma religiosa, de motivación indirecta, si bien en este caso la condición suele ser un premio reservado por el Sujeto trascendente a los cumplidores de sus preceptos.

La indicación de la norma jurídica como regla de motivación o influencia expresa obviamente su pertenencia al lenguaje prescriptivo. Sin embargo, como se verá a continuación, no todos los juristas admiten la naturaleza prescriptiva de la norma jurídica: para unos es un mero juicio o un pauta de valoración de las conductas sociales, pero no una regla de comportamiento que ordene una determinada conducta; para otros el ordenamiento jurídico está constituido por una pluralidad de normas de diversa naturaleza, unas prescriptivas y otras de organización, por lo que resulta impropio afirmar que la norma jurídica en general sea prescriptiva. El tema es tan polémico que es preferible desgranar a continuación las teorías más representativas acerca de la naturaleza de la norma antes de adoptar una línea de preferencia y una actitud concreta, que será expuesta al final de este apartado.

¹³ SORIANO, Ramón; Compendio de Teoría general del Derecho, pág. 21-37.

- i. Tesis imperativistas sobre la naturaleza de la norma jurídica.
Definición, objeciones y críticas

Según una vieja doctrina, conocida con el nombre de “teoría de la imperatividad del Derecho”, o de las normas jurídicas como mandatos o “imperativos”, las proposiciones que componen un ordenamiento jurídico pertenecen a la esfera del lenguaje prescriptivo. Citemos aquí dos pasajes de la escuela. El de CICERÓN que dice: “*legem esse aeternum quiddam, quod universum mundum reget, imperando prohibendique sapientia... aut cogentis aut vetantis... ad iuvendum et ad deterrendum idonea*” (de legibus, II c, num. 8), y el de Modestino que dice “*legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*” (D. 1.7). Se puede añadir que esta es también la doctrina más común entre los juristas, la que constituye aún hoy, no obstante las críticas, la *communis opinio*¹⁴. ¿Qué quiere decir que la norma jurídica es imperativa? En principio puede afirmarse que la norma jurídica es un imperativo o una regla imperativa. Esto es que la norma es un precepto o mandato ordenado por la voluntad legisladora que obliga a su destinatario; la norma como imperativo establece una relación entre dos voluntades, la del que manda y la del que obedece.

La teoría imperativista define la norma jurídica como un imperativo o mandato, pero no comporta que este mandato sea necesariamente coactivo, ni que derive directamente de los órganos del Estado.

Contra estas tesis se han lanzado objeciones críticas de diverso cuño. ¿el ordenamiento jurídico es siempre un orden prescriptivo? ¿tienen todas las normas jurídicas una naturaleza prescriptiva? Son dos preguntas, a distintos niveles –ordenamiento y norma jurídica–, que resumen la valoración crítica de la idoneidad de esta tesis.

¹⁴ BOBBIO, teoría general del Derecho, 1999, 67.

Y es que la experiencia jurídica no puede reducirse al precepto o imperativo como única fuente del Derecho: existen sectores jurídicos no controlados por la idea de mandato o precepto, demasiado próxima a una visión estatalista del Derecho. ¿Cómo encuadrar en este contexto los ordenamientos jurídicos débiles que se han formado consuetudinariamente? ¿y la amplia zona del Derecho reservada a la autonomía personal y al libre consenso entre los contratantes? ¿y las normas en desuso, normas todavía vigentes, pero ya desconectadas de una voluntad actuante y prescriptora? Forzosamente, es necesario reconocer la confluencia en el campo del Derecho de sectores y zonas ayunos de presencia de una prescripción real.

Además, una buena parte de las normas del ordenamiento jurídico son verdaderamente imperativas; tales son las normas de comportamiento. Pero otras clases de normas no participan de esta naturaleza, ya que su objetivo no es la prescripción, en uno u otro sentido, de una conducta. Hay normas que tienen como finalidad otorgar poderes o facultades, o permitir determinados comportamientos, o simplemente definir los conceptos jurídicos y organizar instituciones. Afirmar que todas las normas jurídicas son imperativas al contener un mandato, es una postura reduccionista y parcial.

Por otra parte, la formulación de la teoría imperativista como mandato de la voluntad del legislador forzosamente tenía que levantar críticas contrarias, ya que ambos elementos de la definición, mandato y voluntad personales, reducían a términos muy estrictos la definición de la norma jurídica. ¿Son normas jurídicas las que carecen de un mandato expreso? ¿Y aquellas en las que no es posible determinar la voluntad de quien las ha promulgado? Había que salvar la doctrina elevándola por encima de sus limitaciones y concebir el concepto de imperativo en un sentido más abstracto.

ii. La norma jurídica como juicio hipotético

La mejor crítica a la teoría imperativista provino de la concepción de la norma jurídica como un mero juicio o razonamiento de carácter hipotético. Considerar la normas como juicios –no mandatos– de carácter categórico no hubiera supuesto un excesivo distanciamiento de la tesis imperativista. ¿Qué quiere decir que la norma es un juicio hipotético? Sencillamente, que la norma contiene dos elementos:

- a. una hipótesis o condición y,
- b. una consecuencia jurídica

Esta formulación se puede graficar a través de la fórmula: SI ES “A”, DEBE SER “B”.

El juicio categórico, en cambio, suprime el primer elemento y se expresa lacónicamente así: DEBE SER “B”.

Los partidarios de esta concepción antiimperativista sostienen que la norma jurídica es un juicio hipotético, porque representa la atribución de una consecuencia jurídica a un supuesto o condición jurídica. Si matas, se te impondrá una pena de privación de libertad; si formulas un contrato, tendrás tales o cuales obligaciones, etc. tiene que darse una condición o supuesto jurídico –el homicidio, el contrato, etc.– y a continuación se producirán determinadas consecuencias jurídicas –la pena de privación de libertad, las obligaciones de los contratantes, etc.–

La teoría del juicio hipotético suele identificarse con la teoría kelseniana de la norma jurídica; sin embargo, la concepción kelseniana es sólo una concreción, la más sistemática y brillante, si se quiere –de una tesis más amplia.

Kelsen llevó a cabo un reduccionismo jurídico concentrando la realidad del Derecho en un radical formalismo: la pretendida teoría pura del

Derecho era, ni más ni menos, la teoría de la forma jurídica. Todas las concepciones anteriores sobre el Derecho y los conceptos jurídicos – norma, derecho subjetivo, deber jurídico, etc.- plagadas de referencias sociológicas, psicológicas, políticas, etc., –por ejemplo, voluntad, interés, economía y divinidad-, fueron objeto del anatema kelseniano, porque dibujaban una falsa idea de la verdadera naturaleza del Derecho: en el Derecho podían confluir tales elementos, pero el Derecho era otra cosa y, si se quería construir una teoría, era necesario espigar del fenómeno jurídico esos aditamentos extraños y deformadores que la teoría histórica había ido acumulando. Tal fue su empeño, y a él se debe la más grandiosa concepción formalista del Derecho hasta ahora construida.

Kelsen concibe la norma jurídica como la célula o elemento básico del ordenamiento jurídico: las normas constituyen instituciones y éstas forman el ordenamiento jurídico. En una disección vertical, la norma es la base de una estructura piramidal y jerárquica del ordenamiento jurídico, que va desde el último acto administrativo hasta la Constitución. En una disección vertical, la norma jurídica forma parte de un conglomerado de reglas del comportamiento social y se diferencia de las leyes de la naturaleza.

Cuando Kelsen se interroga sobre la naturaleza que informa a la norma jurídica como distinta de otras normas, retomando una tesis avanzada por Zitelmann, se inclina a favor de la idea de que la norma jurídica no tiene un valor imperativo. La norma jurídica no es una prescripción o imperativo, como habían sostenido los juristas de todos los tiempos, sino un mero juicio o razonamiento de carácter hipotético en contraste con la norma ética, que es verdaderamente imperativa porque establece de modo categórico una prescripción. la norma jurídica no impone una obligación; es un mero juicio de carácter descriptivo que enlaza la hipótesis de un supuesto jurídico a una consecuencia también jurídica. Kelsen se había fijado en el principio regulador para precisar la diferencia entre ley de la naturaleza y

norma jurídica; ahora, para deslindar la norma jurídica de otras formas de expresión y vinculación: imperativa-categorica en las normas éticas, descriptiva-hipotética en las normas jurídicas.

¿Qué significa afirmar que una norma es un juicio hipotético? Para el autor de que venimos tratando, la norma jurídica constituye un juicio hipotético porque imputa una consecuencia jurídica –la sanción- a un supuesto jurídico –el acto antijurídico o ilícito-.

La fórmula que de tal afirmación se obtiene es: SI SE DA “A” (el ilícito), deber ser “B” (la sanción).

Así, se explica con demasiada concreción la norma jurídica. Y es que las normas no sólo imponen sanciones, sino que prescriben comportamientos, y precisamente tales sanciones se actualizan cuando la prescripción de una conducta y, subsidiariamente, la de una sanción si no tiene lugar tal prescripción.

Gráficamente, esta ampliación de la lacónica expresión original, se puede proponer así: SI SE DA “A” (supuesto jurídico) DEBE SER “B” (consecuencia jurídica derivada de su actualización), y SI NO SE DA “A”, DEBE SER “S” (sanción). En el Derecho civil las normas pueden reducirse a este esquema (por ejemplo, si el comprador entrega el precio convenido en el contrato, recibirá la mercancía; si no lo hace, deberá indemnizar al vendedor).

A la tesis kelseniana ante expuesta se han dirigido algunas críticas, las que de forma fundamental son:

- v Su reduccionismo jurídico
- v Confunde entre norma jurídica y proposición normativa

En cuanto al reduccionismo se dice que la versatilidad del Derecho y su amplísimo abanico de normas impide la reducción de su naturaleza a una “norma sancionatoria”.

En cuanto al segundo punto, Kelsen confunde la ciencia jurídica con la creación jurídica, la explicación científica de la norma con la propia norma. La explicación de la norma se manifiesta en la proposición normativa, a la que sí puede considerarse un juicio hipotético. Pero la norma jurídica es un precepto, no un juicio; precepto que la ciencia del Derecho desarrolla y analiza bajo la forma de proposición normativa.

iii. La norma como regla técnica.

Esta teoría que pretende explicar cuál es la naturaleza de la norma jurídica, que además es opositora a la tesis imperativista, aprovecha la presencia de las “reglas técnicas” en toda ciencia para aplicarla a la discusión que estamos analizando. Así, para los autores de tal teoría, una norma jurídica no es otra cosa que “regla técnica.

La regla técnica es la aplicación de un conocimiento científico previo; tras el descubrimiento científico viene su aplicación mediante el empleo de reglas técnicas (también pueden utilizarse reglas técnicas para indagar futuros descubrimientos científicos, pero en tal caso se tratará también de técnicas derivadas de conocimientos científicos anteriores) A primera vista, podría pensarse que las reglas técnicas sólo actúan en el campo de las ciencias exactas o naturales. Ésta es una afirmación falsa en las ciencias sociales –desde las pragmáticas a las teóricas– están presentes las reglas técnicas.

Tomemos como ejemplo de esta tesis lo afirmado por L. RAVÁ (*Il diritto come norma*): la norma jurídica participa de la naturaleza de los imperativos hipotéticos, tal como los concibe Kant, es decir, como normas condicionadas a la obtención de un fin. Desde esta perspectiva teórica, la norma jurídica aparece constituida por un conjunto de reglas técnicas y procedimientos destinados a obtener fines sociales; no cabe plantear en ellos un sentido ético absoluto, sino que son buenos en función de su

utilidad para conseguir los fines del Derecho, singularmente el fin primordial: la permanencia de la sociedad.

Dos críticas fundamentales se han planteado contra tal idea:

- ✓ La regla técnica es un instrumento de la norma no la misma norma
- ✓ Existen normas directas carentes de procedimientos técnicos

Sostener que la norma jurídica es una “regla técnica” es negarle su carácter imperativo, porque la regla técnica es la mera descripción de unos procedimientos para obtener un fin. La imperatividad no viene de la propia regla técnica sino de otra norma verdaderamente imperativa y superpuesta a la regla técnica. Así, las reglas técnicas para construir un edificio no son imperativas por sí mismas, sino en cuanto se encuentran asumidas en un contrato de construcción; se presume que el constructor aplicará tales reglas, pero sus obligaciones no dimanar de éstas, sino del contrato previamente formulado. Por ello, a la norma jurídica no puede atribuírsele una naturaleza de “regla técnica”, lo que no quita que contenga numerosas reglas de esta clase. Es cierto que la norma jurídica establece medios y procedimientos para alcanzar los fines de la vida social, pero este conjunto de medios y procedimientos no son avalorativos, o sea, alternativos, de manera que el destinatario de las normas pueda o no valerse de ellos, sino que están directamente ordenados y exigidos por la norma.

Tesis ecléctica: la coexistencia de normas imperativas y no imperativas en el ordenamiento jurídico

En Derecho, no faltan posiciones conciliadoras de dos extremas. Así pues, esta teoría se sitúa en un punto intermedio y asimila los aspectos no contradictorios de las tesis rivales. Sostiene esta tesis la convergencia de normas imperativas y no imperativas en el seno del ordenamiento jurídico, intenta pues, llevar al escenario la discusión sobre la imperatividad de la norma jurídica al campo de las normas que

desarrollan conjuntamente las funciones promocionadora y sancionadora del Derecho.

Concibe la presencia en el ordenamiento jurídico de diversas clases de normas, unas imperativas, que imponen un comportamiento, y otras no imperativas, que desarrollan una función complementaria: de organización, de atribución de competencias de los órganos del Estado y a las instituciones, de establecimiento de procedimientos para la ejecución de las normas, de otorgamiento de poderes y facultades a los particulares, de excepción del cumplimiento de obligaciones impuestas por otras normas imperativas, de derogación de la eficacia de las normas, etc.

Entiende esta tesis, que las normas no imperativas son auxiliares de la eficacia de las imperativas; existen en función de ellas y no tienen una existencia independiente. Los dos tipos de normas colaboran, a su vez, armónicamente en el objetivo común de la estabilidad y el respeto al ordenamiento jurídico, la garantía de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones. Por este indiscutible valor pragmático ha sido bien acogida por la doctrina jurídica.

Finalmente se puede decir que mientras la teoría imperativista concibe al Derecho desde el ángulo del poder, las antiimperativistas, lo conciben desde la óptica de la libertad. La norma es para ellas una regla instrumental, una pauta de valoración, un abanico de alternativas que el hombre, en uso de su libertad, puede escoger libremente. No obstante, en su proceso de formación, la norma no es ni excluyentemente imperativa o antiimperativa, de la misma manera que el Derecho no es la expresión del poder o de la libertad, sino ambas a la vez. La norma es la forma de un mandato o una voluntad, la pauta de valoración que lleva al gobernante a dictarla, el juicio del que se sirve el jurista para explicarla, la alternativa de conducta que se impone desde el poder y se elige desde la libertad, juicio y mandato, valoración y alternativa.

Por todo ello la norma jurídica es un procedimiento de motivación social indirecta, porque la influencia en el comportamiento ajeno se apoya en una sanción alternativa al incumplimiento de la norma, y presupone una valoración de situaciones y acciones comprendidas en el sector social regulado por la norma. Por otra parte, la norma como procedimiento de motivación social por su carácter prescriptivo, expreso o reflejo, ya que el sentido prescriptivo de la norma puede predicarse de la norma en sí o del ordenamiento jurídico, cuya prescriptividad recoge y refleja en una interacción sistemática con las restantes normas jurídicas. Algunas normas jurídicas no contienen en sí mismas una prescripción, pero sí poseen una prescripción refleja del ordenamiento jurídico, que se diferencia de otros órdenes normativos precisamente por la nota de la prescripción o imperatividad. Se puede concluir pues que la norma jurídica sería una regla de motivación social indirecta, de carácter prescriptivo, expreso o reflejo, concretada tras una valoración de las situaciones y las acciones del sector social regulable.

La expresión lingüística y la estructura lógica de la norma jurídica¹⁵

En este apartado corresponde apreciar la norma jurídica como forma de lenguaje, que expresa un significado con unos signos lingüísticos. La norma jurídica se expresa de una determinada manera y esta forma de expresión es objeto de estudio por parte de la ciencia del Derecho. Pero la norma jurídica no es su forma de expresión, aunque algunos juristas las hayan confundido. Precisamente Kelsen, que incurrió en sus primeras obras, en esta confusión, nos ha dejado unos criterios de distinción expuestos con claridad. La norma jurídica es un precepto; su forma de expresión lingüística es lo que la doctrina llama una proposición normativa.

Analicemos primero qué es una proposición normativa y luego, la diferencia, si es que la hay, entre norma jurídica y proposición normativa.

La norma jurídica es una proposición. Pero, ¿qué significa esto? Una proposición es algo más que un signo lingüístico; es la expresión de un significado con signos lingüísticos. Una misma proposición puede expresarse con diferentes signos lingüísticos o enunciados, y lógicamente con signos pertenecientes a diversas lenguas. Por el contrario, un mismo signo lingüístico puede tener significados diversos, incluso contradictorios, en diferentes lenguas.

Preguntémonos: ¿Qué tipo de proposición es la norma jurídica? Para empezar la respuesta, debemos decir que las proposiciones suelen clasificarse, según su función, en:

- descriptivas,
- valorativas y
- preceptivas.

¹⁵ SORIANO, Ramón; Compendio de teoría general del Derecho; pág. 38-53

Las proposiciones descriptivas, enuncian un significado con la intención de transmitir una información; las valorativas, además de describir, emiten un juicio de valor; pero las terceras o preceptivas, influyen de alguna manera en el sentido pretendido por la voluntad del ordenante.

Estas tres clases de proposiciones a veces se muestran separadas, y otras, unidas. Así, una proposición que describe una realidad puede, al mismo tiempo contener un juicio de valor y ordenar determinado comportamiento. Estas proposiciones no son excluyentes, por lo tanto, y la diferencia suele estar en el predominio de una función correcta. Sí cabe decir que actúan escalonadamente, desarrollando la última las funciones de las anteriores. Una proposición con función prescriptiva predominante es, al mismo tiempo, informativa y valorativa. La prescripción exige actos previos de conocimiento y valoración, a fin de elegir una de las alternativas de conducta posible e imponerla. Una proposición descriptiva, por el contrario, puede agotarse en la mera transmisión de conocimiento, sin que quepa predicar de ella una valoración o influencia en el comportamiento ajeno.

La norma jurídica es claramente una proposición prescriptiva como forma de lenguaje, ya que en ella la función predominante es la imperativa, que motiva e influye en los comportamientos sociales, y se apoya en unas pautas de valoración y en la descripción de un supuesto jurídico y una consecuencia jurídica, los cuales no pueden dejar de tener cierta información.

Cada una de estas proposiciones admite ser expresada en diversas formas gramaticales: meramente indicativas, interrogativas, exclamativas, etc. Una proposición prescriptiva puede venir expresada en forma indicativa (tal es el caso de numerosos artículos de los códigos) y, en el lenguaje coloquial, a veces en forma interrogativa (¿me entregas el dinero que te presté?). Por esta razón no es posible establecer una equivalencia entre función y expresión gramatical de las proposiciones. Durante siglos la expresión gramatical de la norma jurídica fue imperativa, como

correspondía a un mandato que emanaba directamente de la voluntad soberana; más tarde con el proceso de codificación del Derecho, se pasó a una forma enunciativa, que es la que se emplea en la actualidad en los códigos y demás fuentes del Derecho.

Las proposiciones prescriptivas o imperativas pueden ser positivas o negativas, según que expresen una obligación o una omisión. Esta distinción ha servido a Thomasius para distinguir el Derecho de la moral, el primero constituido exclusivamente por imperativos negativos, y la segunda por imperativos positivos. Este criterio es a todas luces improcedente, porque en los dos órdenes normativos coexisten imperativos de ambas clases. Afirmar que el Derecho sólo contiene proposiciones prescriptivas negativas o de no hacer es reducirlo a una mera función de protección de los derechos y a un sistema sancionatorio, y olvidar la relevante función de promoción de los derechos y de los bienes materiales y espirituales que el Derecho actual está incorporando. Cabe encontrar un sector jurídico o la rama del Derecho, pero no la ausencia absoluta de imperativos positivos en el seno del Derecho. La legislación penal abunda en preceptos negativos, ya que su finalidad es la reserva de los derechos de las personas de los atropellos de otras personas, grupos y órganos públicos. El de promoción social con numerosos preceptos positivos, que obligan a los ciudadanos a actos y prestaciones favorables al bien público.

La norma jurídica es la prescripción de un acto jurídico ordenado por los órganos de poder, es decir, por aquellas personas que en representación de la comunidad están autorizadas para emitir tal acto; este acto jurídico puede ser de creación o aplicación del Derecho. La proposición normativa, también llamada regla del Derecho, es el instrumento de conocimiento y explicación por los científicos del Derecho de esa prescripción. En pocas palabras, la proposición normativa es la descripción de la norma jurídica llevada a cabo por la ciencia del Derecho.

Es posible establecer la diferencia entre ambos conceptos siguiendo varios criterios:

1. Por razón del origen o fuente, la norma jurídica procede de los órganos del Estado autorizados para producir Derecho mediante actos jurídicos de carácter imperativo. La proposición normativa tiene su origen en la doctrina de los juristas que se manifiesta a través de la ciencia jurídica. La norma jurídica la promulga el legislador y la aplican los jueces. La proposición normativa o regla de Derecho la elabora el científico del Derecho, que no posee facultad normativa.
2. **Por razón de la función**, la norma jurídica tiene por objetivo la creación del Derecho mediante los actos jurídicos de poder; la proposición normativa, la descripción y definición de las normas jurídicas ya producidas. En el primer caso se trata de una función de creación, en el segundo, de una función de conocimiento.
3. **Por razón del predicado**, la norma jurídica es válida o no según que su contenido normativo y procedimiento de elaboración se correspondan o no con los criterios establecidos en otras normas superiores de las que depende su condición de validez. De la proposición normativa se predica, en cambio, su verdad o falsedad según que incurra o no en un error lógico al explicar la estructura de la norma jurídica.

La verdad o falsedad de la proposición normativa se demuestra con la aplicación de la lógica formal al campo de la ciencia jurídica. Pero no está claro

4. Por razón del tiempo de constitución, la norma jurídica precede a la proposición normativa, de la misma manera en que el objeto es anterior a la ciencia que lo estudia. La generalidad de este criterio no empece la función anticipadora que en un plano de menor consistencia posee la ciencia jurídica, ya que la doctrina jurídica de los especialistas influye en la futura actividad normativa. La doctrina jurídica ejerce una indudable y valiosa función de fuente indirecta del Derecho, de *ius condendo* y de *iure condito*, con la crítica y valoración de los elementos normativos ya producidos y

con la dirección programación de las reformas normativas del futuro.

Desde la perspectiva de una dogmática jurídica formalista y conservadora, se ha insistido en la función neutra y mecánica de la ciencia jurídica, reducida al papel de una explicación estandarizada de las normas jurídicas, verdaderas y únicas fuentes del Derecho. Ya Kelsen, en el marco del respeto a la teoría tradicional de las fuentes del Derecho, manifestaba metafóricamente que la labor del científica del Derecho se asemejaba a la acción de un pianista ejecutando una sonata. Como el pianista, el jurista no se limita a reproducir de modo superfluo la norma, sino que la interpreta y recrea. Con su acción consigue que la norma se acomode, con criterio de razón y justicia, a la realidad social.

El proceso de positivación del Derecho: de la expresión oral a la textualización del Derecho. Norma jurídica y texto normativo.

La escrituración del Derecho ha seguido un proceso lento, que aún continúa, el Derecho ha evolucionado desde fórmulas simbólicas, patrimonio de las elites gobernantes, transmitida oralmente de generación en generación, a formas consuetudinarias, y finalmente a la expresión escrita y textualizada. Un repaso a las formas de lenguaje históricas sobre el concepto de Derecho confirma la veracidad de esta afirmación.

En Grecia, el primitivo concepto de justicia, presente en las obras de Homero, estaba encarnado en la figura de la diosa Thémis; las Themistes eran los mandatos sagrados ordenados por los dioses a los oráculos, quienes los conservaban como patrimonio gentilicio, transmitido hereditariamente. La comunicación del Derecho se hacía, pues, oralmente y tenía un sentido sacro y aristocrático. Otra diosa griega, Díké, representó posteriormente un cambio en el significado del Derecho y la justicia; las Dikés son ya máximas de racionalización del Derecho, que

tienen en cuanta la responsabilidad de los hombres frente a la arbitrariedad de las *themistes*.

Otro tanto cabe decir de Roma: el *ius* lo dictaban los *iuris-dicentes* de un modo oral (de ahí el término *iuris-dictio*). El término *ius* tenía un significado privado y elitista; representaba uno de los instrumentos de poder de los patricios contra los plebeyos. Precisamente uno de los objetivos de las luchas intestinas en Roma fue la codificación Del Derecho; de tal modo, éste sería conocido por todos y dejaría de ser la expresión oral de unos mandatos ocultos y administrados por las clases dominantes en su propio provecho. Las Doce Tablas constituyeron un primer paso victorioso en este propósito de escrituración del Derecho.

A lo largo de la edad media se produce un proceso lento de formalización del Derecho; los viejos usos y costumbres se convierten en leyes a medida que el poder del monarca se va consolidando y prevalece sobre los poderes y cuerpos intermedios –feudos, señoríos, corporaciones gremiales, Iglesia, concejos, etc.- que hasta entonces habían gozado de una relativa autonomía normativa en su esfera de competencia.

La expresión escrita del Derecho aumenta a partir del Renacimiento como consecuencia de la constitución de los Estados modernos y del control político de los nuevos soberanos, que consiguen desprenderse, por una parte, de la presión ejercida por la diarquía imperante en el Medioevo, el Papado y el Imperio, y, por otra, de las exigencias de los referidos cuerpos intermedios reacios a abandonar sus viejos privilegios. En este momento se reafirma la idea de la soberanía, que representa el ejercicio de un poder autónomo e independiente que –en palabras de J. Bodino- no conoce otro poder por encima de él.

Con la Codificación europea, en el tránsito del siglo XVIII al XIX, el proceso de textualización del Derecho llega a su punto culminante: el Derecho se codifica ampliamente y la ley alcanza el valor de la fuente primaria del Derecho. La codificación supuso no sólo la expresión escrita de fuentes existentes, sino también la elaboración de un Derecho *ex novo*,

de fuentes nuevas en un propósito de racionalización de las relaciones sociales siguiendo los nuevos principios y valores de la Ilustración.

En la actualidad se constata un predominio del Derecho escriturado; asistimos a un panorama de progresiva conversión del Derecho consuetudinario en Derecho expreso y textualizado. Los ordenamientos jurídicos que todavía no han alcanzado este punto de focalización están en trance de conseguirlo. Esto es así en virtud de las innegables ventajas que se derivan de la textualización y expresión formal del Derecho. Consideremos estas ventajas o beneficios a fin de emitir un juicio razonado sobre este proceso histórico de formalización jurídica.

En primer lugar, la positivación del Derecho favorece la certeza jurídica. La expresión oral del Derecho no permitía que éste fuera conocido sino por un grupo reducido; además, se deformaba con frecuencia en la transmisión oral. La certeza del Derecho es causa, a su vez, de la seguridad de los ciudadanos en el orden subjetivo. El Derecho es conocido por todos y todos pueden sentirse seguros ante él.

En segundo lugar, la positivación o textualización aumenta las posibilidades de divulgación y conocimiento, lo que justifica la exigencia posterior de su obediencia. La positivación apoya unos mayores niveles de exigencia del cumplimiento del Derecho, al ser éste público y notorio. El derecho oral recorta las posibilidades de su conocimiento por los miembros de la comunidad (no es posible pensar ahora en unas normas transmitidas por los voceros de siglos pasados, de calle en calle, para su general conocimiento). Los estrechos márgenes en los que se desenvuelve el Derecho oral ponen en entredicho la justificación de una exigencia generalizada. Este problema no se suscita en el Derecho escriturado, que permite el acceso directo al conocimiento de las normas, sin necesidad de que los legisladores las dicten constantemente.

En tercer lugar la textualización es la estabilidad jurídica. El Derecho que se transmite oral e inorgánicamente cambia de generación en generación

con riesgos de adulteración de su contenido. El Derecho escriturado es, en cambio, estable, exige una expresa derogación para ser anulado con el cumplimiento de una serie de requisitos que, cuando menos, necesita un tiempo razonable.

En cuarto lugar, la textualización del Derecho supone también una racionalización del Derecho, ya que la positivación comporta una previa etapa de ordenación y selección de los materiales normativos. Esta racionalización podrá tener uno u otro signo político, pero siempre es un medio de ordenación de las fuentes jurídicas frente a la heterogeneidad que representa la tradición jurídica oral. históricamente se advierte, además, que el signo de esta positivación suele ser favorable al reconocimiento de los valores jurídicos y los derechos y libertades fundamentales. El abandono de la tradición oral supone asimismo el rechazo de privilegios de clases cuando la formalización es la última etapa de lucha de los débiles contra los privilegios de las clases dominantes. Este es el supuesto ordinario. Pro también cabe la excepción: que la escrituración del Derecho sea obra de una voluntad política absoluta y centralizadora que impone determinadas reglas de Derecho contra los deseos del pueblo.

La positivación del Derecho da lugar al problema de la diferenciación entre norma jurídica y texto normativo. La norma jurídica es la expresión de una prescripción impuesta por los poderes públicos u otros órganos por delegación de éstos. El texto normativo es el signo externo y material en que se manifiesta esa prescripción. es frecuente llamar disposición legal al texto normativo en la manualística sobre los sectores jurídico-positivos. Ambos conceptos, norma jurídica y texto normativo, son complementarios, ya que la letra de la norma no sería suficiente para crear deberes y derechos, puesto que le faltaría la prescripción producto de una voluntad ordenadora. De la misma manera, la norma jurídica necesita un signo en que materializarse y conseguir que sea conocida por todos los obligados a obedecerla.

La norma jurídica y el texto normativo no coinciden siempre por dos razones. Primero porque el Derecho no tiene que traducirse necesariamente en fórmulas de positivación textual; es posible la existencia de normas jurídicas sin expresión textual, como suele suceder en las sociedades primitivas con predominio de un Derecho oral y consuetudinario. En segundo término, porque las normas pueden expresarse en varias disposiciones o textos, no necesariamente consecutivos. La norma es una prescripción con voluntad de ordenación de la vida en sociedad. Esta prescripción a veces se expresa exteriormente en un solo texto o disposición, pero otras veces exige la concurrencia de varios textos para adquirir su significado completo y definitivo.

Las formas de expresión del lenguaje en el Derecho: lenguaje vulgar o natural y lenguaje técnico; lenguaje legal y lenguaje de los juristas

El Derecho es un instrumento de ordenación social que exige una comunicación entre el legislador y los simples, en torno a unas materias que en ocasiones resultan inevitablemente complejas. El legislador no puede evitar el uso de expresiones técnicas, si no fuera así, su lenguaje sería insuficiente o deformante de los conceptos que desea transmitir. Conforme se enriquece la vida de relación social y aparecen nuevos institutos jurídicos, el lenguaje jurídico se va tecnificando y distanciando de la comprensión del hombre de la calle, quien se ve obligado a observar las reglas de Derecho. Por esta razón, una tesis de general aceptación es que el lenguaje de las normas jurídicas sea vulgar o natural, en la medida de lo posible, para general conocimiento de los destinatarios; de modo excepcional, cuando sea imposible esta clase de lenguaje, se impondrá como mal menor el uso de un lenguaje técnico.

El lenguaje vulgar o natural está constituido por las expresiones comunes del habla coloquial usadas y conocidas por las personas en general, sin necesidad de una instrucción previa. El lenguaje técnico está formado por expresiones que tienen un significado especializado conocido por los

profesionales versados en determinadas materias científicas. El lenguaje jurídico utiliza ambas clases de lenguaje, por lo que cabe hablar de un lenguaje jurídico vulgar y un lenguaje jurídico técnico.

La estructura elemental de una norma jurídica es la descripción de unas circunstancias de la realidad social a las que se atribuyen consecuencias o efectos jurídicos. Y es que el supuesto jurídico, que estudiaremos a continuación, suele expresarse en un lenguaje natural o coloquial, ya que recoge y conexiona elementos de la realidad ambiental en la que el hombre se desenvuelve y a la que él modifica con sus actos. La consecuencia jurídica suele traducirse en términos técnicos, porque los efectos jurídicos se expresan en un lenguaje especializado. La norma jurídica hace uso en su formalización de términos vulgares pertenecientes al habla coloquial y de expresiones técnicas, según la materia y las limitaciones del legislador.

Por otra parte debe señalarse que el lenguaje legal no coincide con el lenguaje de los juristas, aunque entre ellos se produzcan mutuas influencias. El lenguaje legal es el del texto jurídico con el que el legislador da a conocer las normas jurídicas. Es el lenguaje de las disposiciones del Diario Oficial, por ejemplo. El lenguaje de los juristas es el expresado en la metodología de los científicos y prácticos del Derecho cuando interpretan, aplican o valoran las normas jurídicas.

El lenguaje legal es más estático y uniforme que el lenguaje de los juristas. Las formas de expresión de las normas no son tan variadas ni evolucionan con tanta rapidez como los modos de expresión de los juristas al explicar y comentar las normas. El discurso de los juristas es más abierto y versátil que el de los legisladores, ya que el Derecho impone cierta uniformidad y regularidad en la expresión de las normas jurídicas. Consecuentemente las formas literarias penetran con más facilidad en el estilo de los juristas que en el de los legisladores.

En definitiva, ambos lenguajes, el de los textos jurídicos y el de los juristas, el de la legislación y el de la ciencia jurídica, cada vez van alcanzando mayor perfección; ello es debido a una mutua relación: los legisladores se apoyan en la ciencia de los juristas y éstos suelen ser miembros de las comisiones legislativas. Esta simbiosis hace que las diferencias no sean acusadas en las formas expresivas y que en una perspectiva histórica ambos lenguajes vayan consiguiendo cotas de mayor perfección.

Estructura lógica de la norma jurídica: supuesto jurídico y consecuencia jurídica

Las normas primordiales que integran el ordenamiento jurídico son las normas de comportamiento, que se hallan presentes en todas las ramas del Derecho; en ellas se relacionan dos elementos: la prescripción y los efectos derivados del cumplimiento o incumplimiento de dicha prescripción. Estos elementos reciben los nombres de supuesto jurídico y consecuencia jurídica, respectivamente.

El supuesto jurídico:

Es la parte de la norma que describe el comportamiento sugerido al súbdito del Estado, es la hipótesis o condición cuya realización en el mundo social acarrea la producción de las consecuencias jurídicas que se han previsto en la norma. El supuesto jurídico es la hipótesis contemplada en la norma, no su materialización en la vida social.

La consecuencia jurídica:

Es el efecto previsto en la norma para ser aplicado al sujeto que con su actuación ha realizado la hipótesis normativa. Este efecto se produce desde el mismo momento de la actualización del supuesto, salvo en el caso de los supuestos de eficacia jurídica diferida. Debemos decir que ha de distinguirse entre la constitución de la consecuencia jurídica y su actualización. Así, una vez cometido el homicidio surge la punibilidad del

delincuente, aun cuando éste permanezca indemne durante toda su vida porque no lo han descubierto o no se ha podido vincular su persona con el evento del homicidio. Para el Derecho, las consecuencias jurídicas nacen desde el momento de la realización en la vida social del supuesto jurídico con una necesidad absoluta semejante a la producción de los efectos en los fenómenos naturales.

Las características de las normas jurídicas:

No resulta tarea fácil la determinación de las notas que caracterizan a las normas jurídicas. Así pues, obviando las arduas discusiones de la doctrina pueden señalarse:

1. **Validez:** Constituye el presupuesto del resto de los caracteres básicos. Si la norma no es válida, poco importa que sea justa o eficaz o reúna otras notas exigibles por el ordenamiento jurídico, ya que no es aplicable en la sociedad. Una norma es válida si reúne estos tres requisitos:
 - a. promulgación por los órganos competentes
 - b. plena vigencia, que implica no estar derogada expresa o presuntamente por otras normas.
 - c. Ausencia de contradicción con norma superior o del mismo rango.
2. **Bilateralidad:** La norma jurídica, para hacerse vida en la sociedad requiere la relación de dos sujetos. Si un carácter esencial del Derecho es la exterioridad, de tal manera que desde Thomasius es criterio de identificación de lo moral frente a lo jurídico, la norma reviste un carácter de exterioridad realizada entre varios sujetos. Es esto lo que explica la heteronomía, es decir la exigencia de que estén presentes dos sujetos al menos: el que dicta la norma y su destinatario, que viene obligado a obedecerla. Dicha bilateralidad actúa en diversos planos: entre sujeto y destinatario de la norma, y entre los destinatarios de la norma entre sí. Esta bilateralidad incluso, acarrea la necesidad de plantear la llamada heteronomía -

de *ετερος νομος*. Y es que efectivamente, las normas jurídicas son heterónomas porque proceden de una instancia extraña a la voluntad del sujeto; por eso, se ha dicho antes que la bilateralidad es la relación que existe entre el sujeto que dicta la norma y el que viene obligado a obedecerla. La heteronomía es una cualidad negativa de la norma jurídica, ya que ésta debe reflejar en el más alto grado posible la voluntad de sus destinatarios. La norma jurídica será tanto más democrática cuanto menos heterónoma sea; allí donde la voluntad jurídica coincida con la voluntad popular encontraremos una norma jurídica autónoma, la norma ideal e inalcanzable en la que lo ético y lo jurídico constituirán un todo unitario y coherente.

3. **Legitimidad:** Si como se dijo, la validez de la norma se refiere a su idoneidad en los aspectos formales, dentro de la pirámide normativa y del principio de jerarquía, la validez se ubica como elemento de determinación de aspectos materiales de la norma: valora si una norma se adecua o coincide con la consciencia social. Es decir, que la legitimidad se traduce como coincidencia entre lo que quiere la norma y lo que quiere la sociedad. Se refiere a la concordancia entre el contenido prescriptivo de la norma y los valores jurídicos predominantes en la sociedad a la que se aplica. La legitimidad se enmarca en la esfera de las relaciones entre el Derecho y la sociedad, mientras que la validez se sitúa exclusivamente en el recinto del Derecho
4. **Generalidad-tipicidad:** Son caracteres de la norma que se interrelacionan o coinmplican. Que la norma es general hace referencia a quiénes está dirigida, a una clase de destinatarios. En cambio, que la norma sea típica es expresivo de una regulación de tipos de comportamiento, así, la norma es típica o abstracta porque regula un tipo o un modelo de acciones o situaciones. La norma general se refiere a la cualidad de sus destinatarios; la norma típica a la de su objeto regulado.
5. **Coercibilidad institucionalizada:** La norma jurídica se diferencia de otras normas del comportamiento por su coercibilidad, es decir, por hallarse protegida por una fuerza que obliga a su cumplimiento. Esta coercibilidad o coactividad, es institucionalizada, de tal manera que el

Estado establece unas tablas de sanciones y otras medidas coactivas y provee de órganos para velar por la eficacia de las normas jurídicas.

La clasificación de las normas jurídicas

La clasificación es un modo de ordenar los materiales normativos a fin de facilitar su conocimiento. Los criterios de clasificación proporcionan una idea adecuada de la diversidad funcional de las normas jurídicas; por ello, una manera de conocer el significado y alcance de las normas jurídicas es proceder a su distribución en categorías. En la doctrina se ha presentado una serie de propuestas de clasificación que atendiendo a criterios diversos de los autores y escuelas jurídicas dan como resultado una multitud de propuestas de clasificación. Resumiendo las que parecen más pertinentes por el carácter universal del concepto jurídico que estamos buscando en este nuestro curso, se proponen las siguientes:

- A. **Por razón del lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico: normas primarias y secundarias:** Desde un punto de vista formalista del ordenamiento jurídico, norma primaria es la que ocupa el más alto lugar en el ordenamiento jurídico y norma secundaria la que debe su condición de validez a otra norma superior. Así, la norma fundamental o Constitución será la norma primaria y el resto de las normas, leyes, reglamentos, actos administrativos, etc. serán consideradas como normas secundarias. En una concepción más amplia y siempre desde este punto de vista formalista, el concepto de norma primaria o secundaria puede predicarse de todas las normas del ordenamiento jurídico, a excepción de la primera y la última según el punto de referencia de cada norma en la pirámide normativa. Una ley es norma secundaria en relación con la constitución, pero es norma primaria respecto al reglamento, que, a su vez, será norma primaria par el acto administrativo y norma secundaria contemplada desde la ley. En cambio, la norma fundamental sólo puede ser norma primaria, pues no es aplicación de una norma superior, y el último acto administrativo sólo es norma secundaria, ya que no existe otra inferior que lo desarrolle.

La doctrina suele ubicar las normas en un sentido jerárquico, es decir de prelación. Así, se puede configurar como Kelsen planteaba, una imagen piramidal la que estaría ocupada desde la cima a la base, por las siguientes normas:

- La constitución, como norma máxima del Estado, como *norma normarum* –norma de las normas-,
- Las leyes o normas ordinarias que cumplen la misión de desarrollar los preceptos constitucionales,
- Los reglamentos y las disposiciones generales de la Administración, que determinan y concretan a las leyes aplicándolas a diversos sectores jurídicos y a las clases o categorías de personas, promulgadas por los órganos del Poder Ejecutivo, desde el Gobierno de la nación hasta el último municipio de la República nicaragüense.

B. **Por razón del sujeto activo: normas personales y colectivas:** Parte de la distinción entre regímenes de organización del Estado en Monarquías y Repúblicas. En las primeras, se presenta la posibilidad de que el Rey manifieste su voluntad, normalmente, a través de una norma que por nacer de un solo individuo facultado para dar vida a la dicha norma, se denomina “personal”; también pueden ser producto de la voluntad de un dictador que determina imponer una norma. Por contraposición a las colectivas, que expresan la mayor parte de realidad de la realidad política de las naciones del mundo en las que la norma es elaborada por una pluralidad de instancias, que intervienen parcialmente en su proceso de formación, es la manifestación genuina de un sistema democrático representativo de gobierno republicano.

C. **Por razón del sujeto pasivo. Normas generales y particulares:** Hoy día, la norma se dice general por razón de sus destinatarios o sujetos pasivos de la prescripción. la norma jurídica es general cuando el sujeto pasivo es una clase o categoría de personas; es particular, en cambio, cuando el sujeto pasivo es una persona concreta, un miembro determinado de esa clase o categoría. En términos escolares, se diría que la norma general contiene un concepto universal –el concepto de hombre o animal, por ejemplo-, mientras que la norma particular es una determinación sensible

de ese concepto universal –Sócrates por ejemplo-. Así, una sentencia judicial que condena a X a una pena de privación de libertad por la comisión de un homicidio es una determinación subjetiva del concepto homicida presente en una norma general del Código Penal. El negocio jurídico entre X y Z es también una determinación de una norma general del Código Civil que dibuja *in genere* a las partes contratantes. El grado de generalidad de la norma suele estar en relación con el grado de abstracción y con el lugar que la norma ocupa en el ordenamiento jurídico; la norma primaria por antonomasia que es la Constitución, es y ha de ser siempre, la más abstracta y general de las normas. Esta idea es perfectamente aceptable toda vez que cuanto más relevante sea una norma en la pirámide arriba reseñada, debe poder afectar a un mayor número de personas y contemplar en sus supuestos jurídicos situaciones de mayor abstracción.

- D. **Por razón de la naturaleza de la prescripción. Normas típicas y concretas:** Es un criterio distintivo en virtud del contenido o prescripción de la norma jurídica. La norma típica contempla un modelo de conducta; la norma concreta, una situación determinada subsumible en el modelo o tipo anterior. Es norma típica la que establece los elementos del delito de homicidio y norma concreta la que recoge la presencia de tales elementos en una situación fáctica. La norma del Código Penal indica los tipos o clases de delitos; la sentencia del Juez precisa las circunstancias del delito encuadrables en uno de los tipos delictivos del Código Penal. Las normas típicas son necesarias porque contribuyen a la consolidación de valores jurídicos esenciales para el conocimiento y aplicación del Derecho. Una situación concreta sólo es cognoscible para las partes de una relación jurídica; sólo a ellas atañe y generalmente su conocimiento no interesa a terceros. En cambio, un modelo de comportamiento, determinable jurídica y socialmente en una infinidad de relaciones y situaciones, debe ser conocido por todos porque todos pueden verse involucrados, tarde o temprano, en las consecuencias derivadas de la actualización del mismo. Las normas típicas, receptoras de modelos o formas abstractas de comportamiento, contribuyen al conocimiento del Derecho y favorecen los valores de la certeza del Derecho y la seguridad jurídica.

- E. **Por razón de su función. normas de comportamiento y de organización (definitorias, interpretativas, procedimiento, competencia, permisivas y sancionatorias):** En este punto debe partirse de la distinción entre normas que determinan una conducta o acción u omisión –las de comportamiento- y las que realizan una función de establecer las condiciones y los medios para la eficacia de las primeras –de organización-. Así, se suele considerar a las normas de comportamiento como normas primarias y a las normas de organización como normas secundarias o auxiliares. En cierta medida esta apreciación es acertada ya que las normas de organización contribuyen a la eficacia de las normas de comportamiento, porque definen o aclaran sus términos (normas definitorias e interpretativas), o establecen las condiciones de su aplicación (normas de organización propiamente dichas, de procedimiento o competencia), o excepcionan el ámbito de su obligatoriedad (normas permisivas), o acompañan a una sanción para el supuesto de incumplimiento de las normas de comportamiento (normas sancionatorias).
- F. **Por razón de la autonomía de sus destinatarios.** Normas taxativas y dispositivas: esta clasificación atiende al criterio del contenido del precepto. Así, en cuestiones de trascendencia al Derecho le interesa ordenar de una manera inequívoca e insustituible una determinada materia y utiliza las normas taxativas o también denominadas “necesarias” o de “*ius cogens*”. Pero otras veces considera que al a naturaleza de la materia conviene, a priori, una regulación social y que sean los propios sujetos de la relación jurídica quienes directa y libremente se dicten una regla de comportamiento. Sólo en último lugar, y por razón de la seguridad jurídica y la certeza del Derecho, ante la ausencia de la voluntad jurídica de los sujetos, el ordenamiento jurídico establece una forma de regulación subsidiaria con las normas dispositivas. Las normas taxativas imponen una prescripción insoslayable, que necesariamente ha de ser actuada por los sujetos pasivos de la norma de una manera incondicional. Las normas dispositivas establecen una prescripción subsidiaria de la voluntad de los sujetos para el caso de que éstos no hayan regulado libremente su

comportamiento. Los sujetos de la norma pueden establecer una regla particular, pero, si no lo hacen, se verán sujetos a la regla establecida de una manera y subsidiaria por la norma.

G. **Por razón del ámbito material de validez. Normas de Derecho público y de Derecho privado:** Ésta es probablemente la cuestión más intrincada del tema que tratamos. Y es que en principio, las normas son de Derecho público o privado en un contexto histórico. Los criterios teóricos de diferenciación elaborados hasta ahora por la doctrina nos pueden ser tenidos como definitivos; cabe hablar de unas notas predominantes en una y otra clase de norma, pero no de unos caracteres excluyentes y verdaderamente definitorios. Por otro lado, la distinción de ambas clases de normas no es irrelevante desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, pues éste prevé diversas consecuencias jurídicas en ocasiones para ambas clases de normas. Como resultado, tres razones –ca’racter histórico de la clasificación, inexistencia de unos criterios claros de deslinde y consecuencias jurídico-positivas de ambas categorías de normas- provocan que el tema de las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado esté siempre en el candelero y sea un objeto de preferencia para la discusión científico-jurídica.

H. **Por razón del ámbito espacial de validez. Normas internacionales, federales, estatales y municipales.** Son normas internacionales las que tienen una vigencia en los territorios de dos o más Estados; se aplican más allá de las fronteras de un Estado. No existen realmente normas internacionales absolutas, es decir, vigente en todos los Estados del mundo. Con frecuencia este tipo de normas ven afectada su vigencia formal y además se hallan desprovistas de órganos coactivos de imposición. Por su parte, las normas federales son las normas de general aplicación en todos los territorios de un Estado cuya organización es federativa, o sea que existen porciones de su territorio caracterizados por una cierta independencia jurídica expresada en la existencia de un órgano productor de normas, que tiene un gobierno propio y por ende se administra independientemente del gobierno federal. Finalmente, las normas municipales son todas las disposiciones administrativas que

dictan las Alcaldías, que en la composición del Estado representan un micro Estado.

- I. **Por razón del ámbito temporal de validez. Normas de vigencia determinada e indeterminada.** Las normas son creadas por necesidad de la sociedad, es decir de un núcleo de personas agremiadas y con características culturales similares que corresponden al tiempo y al lugar. Por ello, resulta pretencioso imaginar que determinada normas puedan permanecer siempre por su extrema perfección, como ha creído osadamente cierta suerte de iusnaturalismo. Las normas mueren en el tiempo porque son derogadas, presunta o tácitamente, por otras normas o porque se convierten en normas en desuso al no ser aplicadas. Sin embargo, no todas las normas contienen en su expresión el plazo de su vigencia temporal, a veces porque resulta imposible o inoportuno indicarlo en el momento de su creación, y en otras ocasiones porque el legislador se remite a los procedimientos generales previstos por el ordenamiento jurídico para la derogación de las normas. Esta alternativa permite establecer una clasificación entre normas de vigencia determinada e indeterminada, según conste o no en el texto de la propia norma la duración de su vigencia.

Las fuentes del Derecho

Planteamiento del tema

Cuando se alude al tema del sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico específico, a la vez se está planteando la legitimidad en que se basan todas las decisiones jurisdiccionales, en los casos en que el entendimiento del supuesto normativo, se torna complejo por la existencia de lagunas normativas.

Determinación conceptual de “fuente del Derecho”

En primer lugar debemos advertir la multivocidad del término fuente, el cual puede ser aprehendido desde una perspectiva filosófica hasta una meramente naturalista.

Como todos los textos que de este tema se ocupan, debemos señalar la idea más inmediata, quizá por ser la más a mano dentro de todas, referida al elemento acuífero, es decir, que la expresión fuente, la referimos normalmente en sentido metafórico partiendo de la noción natural del lugar en el cual el agua brota del interior de la tierra. Ello pues es la idea simple de donde parte algo, de donde nace. En tal sentido, se ha dicho que fuente del derecho podría ser “manifestación de un estado de transición en el Derecho, de lo invisible a lo visible”¹⁶

La susodicha confusión del tratamiento de la expresión “fuente”, aplicada a la ciencia jurídica, quizá sea debida a la ascendencia iusnaturalista de la expresión, pues remite a la idea de algo dado o preexistente que hay que descubrir, a lo cual se une la raíz iusprivatista del término. También se podría señalar que se cae en el error de mezclar la discusión con lo que es fuente del Derecho sea, el origen último del mismo, lo cual potenciaría el elemento especulativo en torno al dicho tema. Por último podría deberse, siempre en la

¹⁶ PERGOLESI; sistema delle fonti del Diritto.

línea de la idea de origen del Derecho, implicar una orientación metodológica que se hace parcialmente inadecuada para un análisis actual de esta materia, puesto que conduce al desconocimiento de la aplicación del Derecho, cuestión que se hace indispensable para conocer adecuadamente un sistema normativo. Aunado a que en esta formulación de corte clásico el análisis se dirige al órgano productor del Derecho¹⁷.

El origen del estudio de las fuentes del Derecho se encuentra en la Escuela Histórica alemana del siglo XIX, a la cabeza de la cual está Savigny. Para esta escuela, las fuentes del Derecho, es algo que está relacionado con origen último del Derecho, mezcla de iusnaturalismo e historicismo, entendiéndolas no como auténticos modos de producción del Derecho, sino como meras formas de expresión de reglas que se producen en otro lugar, en el espíritu del pueblo¹⁸.

El recurso metafórico al que se ha acudido para referirse a las fuentes del derecho, permite proponer que la determinación del tema en cuestión puede ser realizado a través de una regla de tres: “las fuentes son a las aguas que fluyen, lo que X es al Derecho, en la cual la incógnita “X”, representa qué es fuente del Derecho, no obstante, la determinación no resulta tan sencilla como parece, quizá por la gran cantidad de posibles entendimientos de la expresión¹⁹.

En tal sentido, LEGAZ²⁰, con acertado criterio reúne las opiniones en torno a las fuentes del Derecho de la siguiente manera: Fuente del conocimiento

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; Fuentes del Derecho; Tecnos; Madrid; 1991.31 s

¹⁸ Cfr. SAVIGNY, M F C; Sistema de Derecho Romano actual, trad. de Jacinto Mesia y Manuel Poley, 2ª edic. T. I; Centro editorial Góngora; Madrid; s/f; pag. 69 ss, 80.

¹⁹ AGUILÓ REGLA, Josep; Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico); Ariel; Barcelona; 2000; pág. 21; en similar sentido, v. ROSS, Alf; Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas, trad. del alemán por José L. Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch; Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid; 2000; 356.

²⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; Filosofía del Derecho; 5ª edic; Bosch; Barcelona; 1979; pág. 509.

de lo que es o ha sido el Derecho (repertorios de legislación, recopilaciones de leyes, documentos antiguos etc). Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, el conflicto social y el interés de clase etc). Autoridad creadora del Derecho (el estado, el pueblo). Acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre etc) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho (la norma superior que autoriza la creación de la norma inferior). Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, orden ministerial etc). Fundamento de la validez de un derecho subjetivo.

Semejante dispersión de posibles significados no hace más que complicar sobremanera la claridad sobre lo que sea fuentes del Derecho.

A esta polivalencia de sentidos, se aúna algo más sutil e importante, es lo relativo al uso del vocablo “Derecho”, como ordenamiento jurídico o a las normas como partes de ese todo, lo cual ha llevado a que cuando se aborda el tema desde la perspectiva del todo, ordenamiento jurídico, se hace referencia, lógicamente, a problemas medulares de lo que es Derecho. En el otro supuesto, el análisis implica partir de un presupuesto del problema, el de la producción de normas jurídicas. Lo cual nos indica que en la discusión, el problema está en darle una aproximación jurídica o no jurídica al tema. Consecuentemente, pese a todos los escolios que la delimitación del tema implica, para hacer un análisis objetivo del tema se debe partir de la referencia al origen de las normas jurídicas a partir de un enfoque sistemático²¹.

Concepto de fuentes del derecho

Siguiendo la doctrina del ilustre maestro turinés Norberto Bobbio, se puede decir que fuentes del Derecho “son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”²². Todo en consonancia con el significado lingüístico que dicha palabra posee en la

²¹ AGUILÓ REGLA, Teoría general, 2000, 23, 27, 37.

²² BOBBIO, Norberto; Teoría general del Derecho; trad. de Eduardo Roza Acuña, 3ª reimpr.; edidebate; 1995; 170.

lengua castellana: origen de algo, así pues, las fuentes del Derecho son aquellos fenómenos que hacen nacer las formas de expresión del mismo es decir, las normas a través de las que se formula la proposición conductual.

Esta es una aproximación estructural²³, y por ello, también como ha dicho Cueto Rúa, desde una perspectiva funcional “Las fuentes son, justamente, los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes del núcleo (pág. 18)

Los ordenamientos jurídicos, que será objeto de estudio propio más adelante, se hallan integrados por normas jurídicas, pero interroguémonos en este preciso instante ¿cuántas son las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional? En verdad no hay una respuesta única, pues al filo del tiempo se nos han ido acumulando tantas y tantas que prácticamente es imposible conocerlas todas, y aún así, aunque la hiperproducción normativa nos indique la razón antes expuesta, tal es necesaria si se quiere satisfacer todas las necesidades de la siempre cambiante e intrincada vida social.

La dificultad para determinar todas las normas que se integran en el Derecho nacional depende del hecho de que generalmente estas normas no provienen de una sola fuente. Podremos entonces, distinguir los ordenamientos jurídicos como simples y complejos, según que las normas que los componen se deriven de una sola fuente o de varias fuentes. De acuerdo con la experiencia jurídica e histórica los ordenamientos jurídicos son complejos. La imagen de un ordenamiento integrado solamente por dos personajes, el legislador, que crea la norma, y los súbditos que las reciben, es puramente teórica. El legislador es un personaje imaginario, que esconde una realidad mucho más complicada.

Así, un ordenamiento o conjunto de reglas que regulan la vida de una familia, que hasta puede catalogarse de restringido, poco institucionalizado, es por lo general un ordenamiento complejo, puesto que no siempre las reglas de conducta

²³ AGUILÓ REGLA, Teoría general, 2000, 63.

que rigen a sus miembros tiene como fuente única la autoridad paterna, ya que el padre puede acoger reglas ya formuladas por sus antepasados, por las tradiciones familiares o bien por remisión a otros grupos familiares; a veces delega una parte (mayor o menor según las diferentes civilizaciones) del poder normativo a la esposa, o al hijo mayor. Ni siquiera en una concepción teológica del universo, las leyes que regulan el cosmos se derivan todas de Dios, o sea, son leyes divinas; en algunos casos Dios ha facultado a los hombres para dictar leyes que regulen su conducta, mediante el dictamen de la razón (derecho natural) ya la voluntad de los superiores (derecho positivo).

La complejidad de un Ordenamiento jurídico proviene así, del hecho de que la necesidad que tiene cualquier sociedad de regular las conductas es tan grande que no hay ningún poder (u órgano) capaz de satisfacerlas por sí mismo. Para dar solución a esta exigencia el poder supremo recurre generalmente a dos medios:

- a. La recepción de normas ya formuladas, producto de ordenamientos diversos y precedentes
- b. La delegación del poder de producir normas jurídicas en poderes y órganos inferiores

Por esta razón, junto a las llamadas “fuentes directas” -fuente directa es todo hecho o acto al que se le reconoce la virtualidad de hacer nacer el Derecho por sí mismo, es decir es todo aquello que hace aparecer la norma en la realidad social, así por ejemplo, se puede decir que la “Ley” y dentro de sus categorías, la Constitución es una fuente del Derecho-, se ubican las llamadas “fuentes indirectas” que se pueden distinguir a su vez en dos clases: fuentes reconocidas y fuentes delegadas.

La complejidad del ordenamiento jurídico proviene por tanto de la multiplicidad de las fuentes de las cuales afluyen las reglas de conducta, en última instancia, del hecho de que estas reglas tienen diverso origen, y llegan a existir (esto es, adquieren validez) partiendo de puntos muy lejanos. Ejemplo de recepción y por tanto de fuente reconocida es la costumbre en los ordenamientos estatales modernos, en los cuales la fuente directa y superior es la ley. Cuando el

legislador remite expresamente a la costumbre en una situación particular o cuando expresa o tácitamente remite a la costumbre en materias no reguladas por la ley (es el caso de la llamada costumbre *praeter legem*), él acoge normas jurídicas ya elaboradas –las recibe– y enriquece el ordenamiento jurídico en su totalidad con un conjunto, que puede ser importante, de normas producidas en otros ordenamientos e inclusive establecidas en tiempos anteriores al establecimiento del ordenamiento estatal.

Un ejemplo típico de fuente delegada es el reglamento respecto de la ley. Los reglamentos son como las leyes, normas generales y abstractas, pero, a diferencia de las leyes, su producción se confía generalmente al poder ejecutivo por delegación del poder legislativo. En la elaboración del reglamento el ejecutivo realiza una función de integración de leyes muy genéricas que contienen sólo máximas de dirección y que no pueden ser aplicadas sin una especificación posterior. Además, sería impensable por imposible, que el legislador desarrollara las normas y sus reglamentos.

Otra fuente de normas de este tipo “delegadas” es el de la autonomía privada que se asigna por el Estado a los particulares para regular mediante actos voluntarios sus intereses propios, se trata del denominado poder negocial. Relaciones privadas que nacidas de la voluntad de los individuos vienen a ser consideradas por el legislador como una ley entre las partes –v. art. 1836 Código Civil–.

Fuentes del Derecho y formación histórica del ordenamiento del Estado

La meditación sobre este punto nos permite apreciar que la distinción entre fuentes reconocidas y fuentes delegadas es un problema cuya solución depende de la concepción general que se adopte respecto de la estructura de un ordenamiento. Así, en todo ordenamiento el último punto de referencia de toda norma es el poder originario, esto es, el poder más allá del cual no existe otro poder sobre el cual se pueda justificar el ordenamiento jurídico. A este poder originario lo denominamos la fuente de las fuentes. Si todas las normas provinieran directamente del poder originario, nos encontraríamos frente a un

ordenamiento simple. Pero la realidad no es así. La complejidad del ordenamiento, esto es, el hecho de que en un ordenamiento real las normas fluyen a través de diferentes canales, históricamente depende de dos razones fundamentales:

1. Ningún ordenamiento nace de la nada. Precisamente, porque el contenido que expresa la norma no es más que la formulación de un hacer humano respecto del cual seguramente ya hay experiencia cultural bajo la forma de norma moral o religiosa o simple costumbre. A través de este planteamiento se aprecia que las normas jurídicas son ni más ni menos expresiones de la voluntad del Estado respecto a lo que quiere que se realice en la vida social y en consecuencia, tal mandato parte de la experiencia ya vivida o recreada en la sociedad, o en otras sociedades con patrones culturales similares.
2. El poder originario, una vez constituido, crea para sí mismo, nuevos centros de producción jurídica atribuyendo a los órganos ejecutivos el poder de producir normas integradoras subordinadas a las legislativas; a los entes autónomos territoriales el poder de dictar normas adaptadas a las necesidades locales, y a los particulares el poder de regular los asuntos propios por medio de los negocios jurídicos. Este punto también permite apreciar el desenvolvimiento dialéctico del ordenamiento jurídico, que se va expandiendo y perfeccionando a través de la actividad de la realización de los actos o hechos que el poder originario determina como productores de normas jurídicas, abarcando así con mayor amplitud la realidad social urgida de regulación.

El Derecho subjetivo

El concepto de “derecho subjetivo” es uno de los conceptos jurídicos de más difícil sistematización, porque muestra una extraordinaria versatilidad y acomodación a la filosofía de los diversos momentos históricos. Es uno de esos conceptos en los que las implicaciones políticas, sociológica, económicas, etc. influyen poderosamente y limitan su alcance conceptual. R. Orestano ha captado esta dimensión histórica de la noción de Derecho subjetivo, que explica el enorme confusionismo existente sobre su definición por el prurito de considerar un concepto definitivo y global lo que no es sino una noción histórica. Por ello es conveniente indicar las referencias históricas antes de abordar una definición del Derecho subjetivo.

Además de su sentido histórico, este concepto presenta una plasticidad y una versatilidad extraordinarias, que conducen a una definición insatisfactoria ya que según afirma BARCELONA, atañe al problema de la relación entre esfera privada y esfera pública estatal, regulación autoritaria externa y autonomía privada individual, sociedad civil y sociedad política, economía y política.

Junto a ese problema histórico-conceptual hay otro de orden filosófico-jurídico: el viejo debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico en un intento de apropiación exclusiva del concepto. El iusnaturalismo concibe el derecho subjetivo como la facultad dimanante de la propia naturaleza del sujeto, que adquiere un reconocimiento formal en la norma de Derecho positivo; la norma reconoce, pero no crea o constituye al Derecho subjetivo. Desde la versión iusnaturalista la finalidad de las normas del Derecho objetivo es la protección de los derechos subjetivos de la persona, anteriores a ellas en el valor y en el tiempo. El positivismo, por su parte, no admite esta abstracción y reconduce la noción de Derecho subjetivo al espacio del Derecho objetivo: el Derecho subjetivo es la facultad o poder concedidos por la norma jurídico-positiva; sin la preexistencia de esta norma no cabe hablar de Derecho subjetivo.

Modalidades del derecho subjetivo

Ninguna clasificación es definitiva, pues todas las clasificaciones contemplan al objeto desde un aspecto parcial, y no desde su totalidad. Los criterios clasificatorios son siempre perfeccionables. Vamos a reseñar los criterios más comunes a portados por la doctrina jurídica:

1. Por razón del carácter del sujeto pasivo, los derechos subjetivos pueden ser absolutos o relativos, según que la obligación que comportan sea exigible a todos, *erga omnes*, o a una o varias personas. La categoría de los derechos reales constituye un ejemplo de derechos absolutos, mientras que los derechos personales son relativos. Los relativos suelen ser derechos a un comportamiento determinado de una persona o un grupo de personas.
2. Por razón de su extensión o ámbito de atribuciones, los derechos subjetivos pueden ser simples o complejos, según que dé derecho a una prestación determinada o comporte un conjunto de facultades. Esta distinción tiene una correspondencia con la anterior, porque los derechos absolutos suelen ser complejos y los relativos simples.
3. En razón del objeto, los derechos subjetivos pueden clasificarse en derechos de la personalidad y derechos sobre las cosas exteriores al sujeto. Los derechos de la personalidad tienen por objeto los elementos constitutivos de la personalidad del sujeto en sus múltiples aspectos de desarrollo, concretamente las facultades y las cualidades de las personas. Los derechos sobre las cosas exteriores admite una diversidad de supuestos sobre las cosas materiales o corporales, muebles o inmuebles sobre las cosas inmateriales o incorpóreas, y sobre los actos de otras personas, obligadas a determinadas prestaciones. Estos tres supuestos fundan los derechos reales, derechos intelectuales y derechos de crédito, respectivamente.
4. En virtud del carácter de la relación jurídica, los derechos subjetivos pueden ser privados o públicos. El concepto de derecho subjetivo privado no ofrece problemas doctrinales; es el derecho que atribuye a un sujeto la norma jurídica en el contexto de unas relaciones jurídicas entre

particulares. No sucede lo mismo con el concepto de derecho subjetivo público, de reciente acuñación por la dogmática jurídica alemana del siglo XIX; es el derecho de los sujetos derivados de unas relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado, una vez revestido este último de personalidad jurídica, y siendo, por consiguiente, titular de derechos y obligaciones –y no sólo de derechos exigibles a los ciudadanos según la teoría tradicional-. Al ser dotado de personalidad jurídica el Estado se convierte en sujeto de derechos y obligaciones en sus relaciones con los particulares. Esta nueva categoría de los derechos públicos subjetivos responde al deseo de encontrar un fundamento jurídico-positivo a los derechos básicos de la persona, que en el siglo XIX no podrían ser objeto de un fundamento iusnaturalista; de ahí la necesidad de crear unas relaciones jurídicas de carácter público en las que el Estado figurase como sujeto pasivo obligado al reconocimiento y protección de los derechos de los particulares, que desde ahora tendrían la condición de derechos públicos.

Configuración histórica del concepto de derecho subjetivo

En la antigüedad: no existe aún una noción de Derecho subjetivo tal como se concibe hoy. Esa idea de la subjetividad jurídica, autónoma e independiente del Derecho objetivo del Estado, no estaba presente en la mentalidad jurídica de los antiguos. Por el contrario, los derechos de las personas eran una parte o fracción del Derecho objetivo; existían en su condición de concesión gratuita y siempre precaria de los órganos de poder. No es que las personas no tuvieran facultades y garantías de protección, sino que tales facultades y garantías de protección, sino que tales facultades y garantías dependían incondicionalmente de la decisión política. Aparte de esta dependencia del individuo con respecto a la colectividad, la sociedad estaba dividida en una serie de situaciones jurídicas o status, el individuo poseía derechos y facultades por su pertenencia a un status, no por su propia personalidad. Hoy día la persona tiene ya derechos desde el momento del nacimiento; en la Antigüedad, en cambio, el mero acto del nacimiento colocaba a muchos individuos fuera del Derecho al carecer de la condición de libres, por ello, no sólo los individuos carecían de derechos

subjetivos, sino que un gran número de ellos ni siquiera estaban dentro de la esfera del Derecho.

Por otro lado, los derechos en sentido objetivo adolecían de una eficacia jurídica real a la altura de su reconocimiento jurídico. La perfección técnica alcanzada por el Derecho romano permite constatar la positivación de tales garantías, pero otra cosa es que la formalidad jurídica vaya acompañada de una verdadera eficacia.

En la baja edad media: puede tenerse como primera aproximación al concepto moderno de “derecho subjetivo” al propuesto por Guillermo de Occam en el siglo XIV. Occam construye su noción de Derecho subjetivo con ocasión del pleito teológico entre los franciscanos y el papa Juan XXII en torno a la famosa cuestión de la pobreza evangélica, que pronto derivó a planteamientos de filosofía jurídica. Los franciscanos entendían que no podían ser propietarios de bienes, porque de lo contrario infringirían el precepto evangélico de la pobreza. El Papa, en una interpretación laxa de este problema y puesto que era el conditor canonum, argumentaba que era necesario distinguir entre propiedad y uso de la propiedad, y que consecuentemente los franciscanos podrían usar los bienes materiales, cuya propiedad pertenecería a la Santa Sede. Tenemos ya un interesante tema de interpretación jurídica provocado por la controversia teológica más relevante de la Baja Edad Media. Es en este punto cuanto interviene el jurista franciscano, enemigo declarado del Papa. En su obra *Opus nonaginta dierum* emprende un análisis nominalista de los términos jurídicos contenidos en las bulas papales: usus, proprietas, dominium, etc., y es aquí donde aparece su versión moderna del Derecho subjetivo como *ius subiecti* distinta del concepto tradicional del ius como norma objetiva. ¿Qué es el derecho en este sentido subjetivo? En principio es un poder irrevocable sobre las cosas, un ius in rem, y no una precaria participación en la distribución de las cosas hecha por la norma objetiva del Poder, al estilo de la tradición jurídica de la Antigüedad. Es un poder del sujeto, una *potestas*, y no una parte o fracción del conjunto de derechos y cargas distribuidos por el Poder. Esta potestad es irrevocable, porque no está sometida a la arbitrariedad del Poder, en lo que se diferencia de la simple licencia –*Ius differt a licentia*–. Hay una definición que

resulta especialmente significativa: *ius est potestas qua quis sine culpa sua absque causa rationabili privari non debet* (derecho es el poder del que nadie debe ser privado a no ser por su culpa o por una causa razonable).

En el renacimiento: La escolástica española continúa con la labor de perfección del concepto “derecho subjetivo”. El nuevo concepto no está libre de influencias teológicas, pero su punto de referencia es ya el sujeto autónomo a cuyo servicio se encuentra la sociedad, y no al revés, si bien tanto la persona como la sociedad tienen, a su vez, como punto definitivo de referencia un orden divino de creación, que los comprende, dirige y condiciona. F. Suárez define el Derecho subjetivo como un poder que se tiene sobre una cosa que de alguna manera nos pertenece “Suele llamarse propiamente derecho a cierto poder moral que uno posee sobre lo suyo o lo que le es debido; así se dice que el propietario de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que el trabajador tiene derecho al salario” (*De legibus ac Deo legislatore*). También dentro de esa misma escuela, L. de Molina expone un concepto de “derecho subjetivo” más en consonancia con nuestro actual concepto: “poder que el hombre posee en relación con alguna cosa y en tal sentido se dice que alguien usa de su derecho” (*De iustitia et de iure*)

El iusnaturalismo racionalista: esta corriente es la ideología jurídica predominante en los siglos XVII y XVIII en Europa, recibe este nombre por contraposición al iusnaturalismo teológico trascendente, influyente en el Medioevo y el Renacimiento bajo la égida de la Escolástica medioeval (escuelas dominica y franciscana) y la Escolástica española o renacentista (escuela de los teólogos juristas españoles: Vitoria, Suárez, Domingo de Soto, Luis de Molina). El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII se aparta de este rígido esquema teológico y busca el fundamento en la propia razón humana: con un método deductivo-racional se podían extraer las reglas de derecho de unos principios jurídicos universales, válidos en sí mismos, por su absoluta evidencia, sin necesidad de la concurrencia de la voluntad divina. Su validez sería la misma aunque Dios no existiera o, aun cuando existiendo, no se preocupara de los asuntos humanos.

Para este movimiento el derecho subjetivo es un derecho natural que encuentra protección en la creación del Estado y de la norma positiva pro él establecida.

La concepción del derecho subjetivo en la Edad Moderna remite a la noción política del contrato social, que ya había tenido algunas formulaciones históricas, desde la época de los sofistas en Grecia, y que ahora, con el racionalismo jurídico, alcanza su mejor y más sistemática elaboración doctrinal. El contrato social es la hipótesis lógica –pero no histórica- que dota de fundamento consensual a la creación del Estado y su Derecho positivo. A través de la figura del contrato o acuerdo social, los hombres pasan de la situación de indigencia del estado de naturaleza a la sociedad civil en el estado de naturaleza los hombres poseían unos derechos naturales subjetivos de carácter absoluto, pero sometidos al predominio de la ley del más fuerte, ya que no existía un poder constituido que los protegiera. Por ello acordaron crear la sociedad civil, en la que tales derechos, ahora limitados, alcanzaran la protección de la norma coactiva establecida por el nuevo sistema de gobierno: los derechos naturales del sujeto se transforman en derechos civiles protegidos por el Estado. Antes sólo tenían un fundamento iusnaturalista; ahora, además, un fundamento jurídico-positivo. Con esta forma de pensamiento, el concepto de derecho subjetivo alcanza la primacía sobre el derecho objetivo, invirtiendo la relación que hasta entonces se había dado entre ambos conceptos. Alrededor de la idea del derecho subjetivo gira el sistema de de derecho y la organización política de la sociedad. Hasta entonces sólo era concebible un derecho objetivo, exterior al hombre y reflejo, especialmente en el medioevo, de un orden divino de creación expresado en la ley eterna, los individuos sólo tenían obligaciones, no derechos, respecto a este orden y ley externa. Ahora el derecho objetivo, es decir, el sistema de derecho establecido por los poderes públicos, tiene como función la salvaguardia de los derechos subjetivos naturales del estado de naturales, convertidos en derechos subjetivos civiles tras la creación de la sociedad política.

La elaboración doctrinal del concepto de derecho subjetivo fue acompañada de una conformación jurídica en algunos textos históricos. Así en el artículo uno de la Declaración de derecho del buen pueblo de virginia de 1776 se lee: “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden

privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad. También está en sintonía con tal apreciación el artículo 2 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano –de 1789- “La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad la seguridad y la resistencia a la opresión”. La diferencia con la concepción de los derechos subjetivos de épocas anteriores es evidente; se trata ahora de un abanico de derechos subjetivos, con una fundamentación iusnaturalista, de carácter absoluto, en cuanto que deben ser protegidos por la sociedad y por el Estado de una manera insoslayable, y que justifican la misma existencia de la asociación política. Se ha producido un giro de 360 grados con la situación del sujeto en la Antigüedad: la sociedad existe en función del individuo y no al revés.

La transformación de la realidad social y su concreción abstracta en el Derecho: hechos, actos y negocios jurídicos

Indudable verdad es que la realidad se transforma ininterrumpidamente. La naturaleza moldea la realidad a través de las fuerzas que imponen mutaciones a toda forma de existencia, conocida o no.

El actuar del ser humano, también incide en la transformación de la realidad, consume los elementos y los agota, realiza su vida social y su actuar incide de forma directa o indirecta en la vida de los demás seres que le rodean.

En esta inexorable verdad encuentra su asidero la meditación sobre el tema que hemos propuesto desarrollar a continuación: las transformaciones de la realidad y su tratamiento jurídico. Y decimos esto porque el Derecho, nacido para regular con certeza las actividades humanas de relación realiza una abstracción de las realidades y las convierte en conceptos jurídicos para hacernos, a nosotros, estudiantes, más entendible la realidad: reducción de los fenómenos sociales o naturales a esquemas abstractos que se explican en derecho de forma distinta de como se explican para los simples.

No es entonces para nada baladí la explicación del tema que nos proponemos desarrollar a continuación toda vez que con ello se pretende subsumir en esquemas básicos y de general valor todas las manifestaciones de la realidad a las que el Derecho les ha asignado un tratamiento y por ende unas consecuencias.

El hecho jurídico: Es todo suceso o fenómeno acaecido en la realidad. Si ese fenómeno lleva aparejada como consecuencia la producción de un efecto jurídico la calificación que merece es de “hecho jurídico”. Puede definirse como toda alteración de la realidad a la que el Ordenamiento del Estado asigna una consecuencia, es decir, la virtud de producir la adquisición, modificación o pérdida de un derecho²⁴.

²⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José; Derecho civil español común y foral; Tomo 1º: Introducción y parte general, Volumen 2º: Teoría de la relación jurídica, la persona y los derechos de la

Así pues, el primer eslabón de esta cadena lógica y conceptual es el hecho jurídico, que son los acontecimientos a los que el ordenamiento jurídico asigna determinados efectos relevantes; en otras palabras, es el hecho que produce un evento jurídico, que genera una alteración en la realidad, constituyendo, transformando o destruyendo relaciones de Derecho²⁵. Dichas realidades fenoménicas pueden tener como agente al hombre o ser de índole natural, como por ejemplo, terremotos, aluviones, pero lo característico en ellos es que siempre tendrán una consecuencia de índole jurídica²⁶.

Clasificación de los hechos jurídicos²⁷

1. Por razón de su contenido: pueden ser los hechos jurídicos positivos o negativos. Son positivos los que comportan una transformación de la realidad por acontecer algo. Es decir, por que se realiza un movimiento y ello genera la consecuencia prevista. Ejemplo de ello es el nacimiento, la muerte, la mutación de cauce de un río. Por el contrario, un hecho es negativo cuando lo que genera la consecuencia no es un movimiento o actividad sino una abstención, una omisión, por ejemplo, la falta de pago de los intereses de una deuda, el no uso de una servidumbre, el no

personalidad, reimpresión de la 14ª edic., revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos; Reus; Madrid; 1987; pág. 664.

²⁵ DI GIACOMO, Il negozio, 1995, 182; CARIOTA FERRARA, Luigi; El negocio jurídico, traducción y notas de Manuel Albaladejo; Aguilar; Madrid; 1956; 4, expone que los hechos jurídicos están revestidos de alguna relevancia jurídica. Esa relevancia no es otra cosa que ser elemento determinante a través del cual se altere la realidad jurídica viniendo a existir nuevas circunstancias fácticas a las que va ligado nuevas calificaciones jurídicas. En el mismo sentido, BETTI, Emilio; Teoría General del Negocio Jurídico; traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; pág. 4 ss; RUÍZ, Mario; “El negocio jurídico”, cap.VII de: DE LUCAS, Javier/AÑÓN, Mª José/APARISI, Angela/BEA, Emilia/FERNÁNDEZ, Encarnación/LÓPEZ, Fancisco/MARTÍNEZ Blanca/RUÍZ, Mario/VIDAL, Ernesto; Introducción a la teoría del Derecho, 2ª edición; Tirant lo blanch; Valencia; 1994; pág. 142.

²⁶ Por tal razón se dice que es “Es un fenómeno voluntario o involuntario de la naturaleza o de la mente”: MARÍN PÉREZ, Pascual; Derecho Civil, V. II; Tecnos; Madrid; 1983; pág. 165.

²⁷ CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil, 1º, 2º, 1987, 665 ss.

ejercitar una acción para echar de mi propiedad a quien se ha asentado en ella.

2. Por razón de la concurrencia o no de más de un hecho: los hechos pueden ser simples, si consisten en un suceso único como el nacimiento, la ocupación de cosas nullius. O, pueden ser complejos, si constan de varios elementos o hechos como la usucapión que requiere el hecho de la posesión y el del transcurso del tiempo, o el contrato que exige dos declaraciones de voluntad.
3. Por razón del agente: el hecho jurídico puede ser natural o humano. Ni que decir tiene que los primeros son hechos fatales producidos por las fuerzas naturales, contrario a las obras que realiza el hombre y en consecuencia son denominados “actos jurídicos”. En palabras de AGUILÓ REGLA²⁸ *“La oposición entre hechos jurídicos naturales y hechos jurídicos humanos presupone que podemos distinguir entre aquellas cosas que nos suceden y aquellas cosas que hacemos. La descripción de los hechos jurídicos naturales puede hacer referencia obviamente a cosas que nos suceden, pero no a cosas que hacemos”*.

El acto jurídico: Los actos jurídicos, a diferencia de los antes descritos hechos jurídicos, son una especie suya, caracterizada principalmente porque sólo pueden existir a partir de los actos humanos y porque esa actuación requiere ir dirigida por una voluntad de realización del mismo²⁹. Se puede decir entonces, que son actos jurídicos aquellos hechos que realizados a través de una conducta del hombre, en razón de un querer que dichos actos tomen realidad, constituyen génesis de jurídicas consecuencias o efectos, las que el ordenamiento asigna a dicho tipo de actos³⁰.

²⁸ AGUILÓ REGLA, Josep; Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico); Ariel; Barcelona; 2000; pág. 52, n. 3.

²⁹ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 217.

³⁰ Cfr. DI GIACOMO, Il negozio, 1995, 183.

La distinción realizada entre hechos³¹ y actos jurídicos, encuentra razón de ser cuando se acepta que es la valoración jurídica que el ordenamiento asigna a las actividades humanas el origen de tal distinción. Porque tal como se ha dicho, si el Derecho al realizar la valoración del acontecimiento pone especial atención en el querer del agente como elemento determinante de los efectos asignados normativamente a dicha actividad, entonces dicho actuar se deberá calificar de acto jurídico. Por el contrario, se hablará de hechos jurídico cuando la valoración no tenga en cuenta más que el acontecimiento, desvinculado de alguna posible volición, es decir cuando lo que constituye el elemento preponderante para el Derecho, es el hecho en sí y no la intencionalidad de obtener tal resultado³².

De todo lo dicho se infiere que el concepto “acto jurídico” no es otra cosa que la abstracción de la totalidad de supuestos de hecho normativos contenidos en el ordenamiento jurídico³³.

Por lo dicho antes, las características del acto jurídico pueden ser: a. Constituye siempre una actuación humana. b. La transformación de la realidad ha de realizarse siempre con una consciente voluntad. c. La exteriorización de la voluntad, no basta con querer hacer algo, debe expresarse esa voluntad, y, d. ha de ser productor de un efecto marcado por la norma.

Clasificación básica de los actos jurídicos: Lícitos o ilícitos. Acto jurídico lícito es todo actuar humano que como consecuencia jurídica lleva aparejada una

³¹ “cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo o extintivo de relaciones jurídicas”: GALGANO, Francesco; El negocio jurídico, trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa; Tirant lo blanch; Valencia; 1992; pág. 21.

³² Cfr. BETTI, Teoría General, s/f, 11.

³³ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 140. En este sentido, RUÍZ, Introducción, 1994, 145: al negocio jurídico no debe definírsele como un concepto jurídico, sino más bien como una técnica jurídica de reconocimiento de la autonomía privada. El negocio es un supraconcepto procedente de una abstracción de experiencias concretas, que cobra sentido al considerar de forma unitaria actos jurídicos tan diferentes entre sí como son los contratos, los testamentos y las manifestaciones de voluntad.

adecuación a la norma, es decir tienen una conformidad al Derecho. En cambio, ilícito es el acto que violenta lo ordenado por la norma.

Los actos ilícitos, a su vez, se dividen en actos punibles –los que violan preceptos de una ley penal- e ilícitos civiles, los que alteran o contradicen la ley civil. Los del primer grupo pueden llevar aparejadas consecuencias civiles al lado de las de índole propia –penal-.

Los actos lícitos pueden distinguirse entre aquellos cuyo efecto no se determina por el contenido de la voluntad, sino únicamente y con carácter forzoso por la ley. Pudiendo denominarse actos de derecho o actos jurídicos en sentido estricto. Por ejemplo, el requerimiento de pago hecho por el acreedor al deudor, el ofrecimiento de pago del deudor al acreedor; y los que consisten en una declaración de voluntad directamente dirigida a producir un efecto jurídico, para el cual es decisivo y regulador el contenido de esa voluntad. se les denomina declaraciones de voluntad o negocios jurídicos.

En cuanto a subclasificaciones de los actos ilícitos puede decirse lo siguiente: ya se expresó que se debe tener en cuenta que hay dos tipos de actos ilícitos: los que llevan consigo un atentado que afecta al interés general, social y público, o lo que es igual, una violación en la esfera penal (actos punibles) y los que sólo contienen una violación de la ley civil (actos ilícitos civiles). Estos últimos, aun cuando reúnan siempre las características generales de todo acto ilícito, a saber, antijuridicidad y culpabilidad, admiten, por razón de los matices que cada una de éstas puede revestir, varias subdivisiones, a saber: a. Por las modalidades de la culpabilidad, hay violaciones causadas a propósito, con plena voluntad o consciencia (actos dolosos), y violaciones realizadas por mera negligencia (actos culposos en sentido estricto). b. Por las modalidades de la antijuridicidad, hay dos grupos de violaciones: las que implican transgresión de un deber, que pesa sobre el agente en virtud de una relación especial que lo liga con el lesionado, y aquellas otras que implican transgresión de los deberes generales que pesan sobre el agente independientemente de toda relación jurídica con el ofendido. A las primeras se les innomina violaciones del crédito o culpa contractual. A las

segundas se las conoce con las denominaciones de delitos, actos ilícitos en sentido estricto, culpa extracontractual, y también falta o injuria aquiliana.

El negocio jurídico:

De entrada puede decirse que el negocio jurídico es “declaración de voluntad privada que mira a producir un efecto jurídico” –B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 1930, T. 1, § 69, p. 202-

Orígenes de la expresión

La voz “negocio”, aparece en los textos romanos³⁴ por lo cual es explicable que también esté presente en el antiguo derecho español, no obstante, tanto en dichos textos como en el uso que en la Edad media y hasta el siglo XVIII se da al mismo por la doctrina, se pueden apreciar interpretaciones de muy distinta índole; lo cual le hace inviable en cuanto a su uso³⁵, además, a dicha dificultad debe aunarse también el hecho de que la literatura jurídica se escribía parte en latín, parte en la lengua propia de cada país, y que en el caso de

³⁴ Ejemplo de ello es el texto del Digesto II, XIV, VII, 4: “Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción”. A partir de este tipo de textos, ha sido algo de tradicional discusión el hecho de si el Derecho romano había o no, conocido el concepto de negocio jurídico. En contra de la oposición positiva al respecto se muestra, SCIALOJA, Vittorio; *Negocios jurídicos*, trad. de la 4ª edic. italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez; Imprenta editorial de la Gavidia; Sevilla; 1942; pág. 23, n. 1: “En las fuentes existe, y es muy usada, la palabra *negotium*, pero no tiene esta significación técnica. En muchos casos coinciden la palabra latina *negotium* y la nuestra de negocio (jurídico), mas no en otros, en los cuales esta palabra goza de una significación técnica que después ha perdido en el lenguaje jurídico. Así, por ejemplo, en nuestras fuentes se denomina *negotium* lo que nosotros llamamos litigio, proceso”, en el mismo sentido se manifiesta FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 54. Frente a la planteada discusión CALASSO, Francesco; *Il negozio giuridico, lezioni di storia del Diritto italiano*, 2ª ediz. Ristampa; dott. A. Giuffrè; Milano; 1967; pág. 13-25; luego de hacer un análisis sobre el desarrollo y la lógica del estudio y sistematización del Derecho romano, concluye que en verdad, la respuesta que se dé a dicha controversia viene matizada por el entendimiento del problema como una cuestión de apreciar al negocio jurídico como “el desarrollo de cualquier experiencia humana”, (toda la obra citada de este autor, estudia el devenir histórico del pensamiento jurídico que ha contribuido a la conformación de una abstracta concepción de lo negocial privado).

³⁵ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 19 s.

los primeros usos, a los efectos puramente doctrinales de la expresión, hay que referirse al uso de la lengua germana³⁶.

La introducción del vocablo en cuestión dentro de la doctrina jurídica, puede describirse como el resultado del auge del concepto de acto jurídico, del cual representa una especie concreta. DE CASTRO³⁷, opina que la evolución que llevó a la utilización de la expresión tratada, pasa primero por la consideración de la “*actiones*” del Digesto 1, 5, 1, como en relación con las personas, es decir en relación con hechos humanos, lo cual aconteció hacia la primera mitad del siglo XVI. Esta premisa fue aceptada y seguida por autores posteriores, incorporándola en sus escritos -Althusius (1617), por ejemplo-, hasta que finalmente el enunciado tal y como se lo conoce actualmente: “Negocio jurídico”, aparece por primera vez dentro de la ciencia jurídica en los escritos de David Nettelbladt³⁸(1719-1791), profesor en la Universidad de Halle³⁹.

³⁶ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 56.

³⁷ El negocio Jurídico; Civitas; Madrid; 1985, 19 s.

³⁸ Luego de exponer el desarrollo histórico y lógico del racionalismo jurídico en pos de diseñar una teoría contractual, en el epílogo de su obra, CALASSO, Il negozio giuridico, 1967, 340 s. expresa que dentro de la espiral del racionalismo más auténtico, no tardaría en llegar a plantearse al contrato como una especie perteneciente a un género vasto, en el cual la voluntad humana pudiera ser “*contemplada in vitro*”. Naciendo el negocio de una exasperada exigencia del racionalismo, alcanza su primera formulación doctrinal en “*Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*”, obra de Nettelbladt, fechada en 1749. Otras referencias sobre las aportaciones de Nettelbladt a la sistemática jurídica, en la interesante obra de CAPPELLINI, Paolo; Systema Iuris II, dal sistema alla teoria generale; Giuffrè; Milano 1985; pág. 223 ss. Algún autor considera a Hugo como el introductor de la expresión: V. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H; El negocio jurídico; editorial Astrea; Buenos Aires; 1992; pag. 51.

³⁹ De Los MOZOS, José Luis; El negocio jurídico (estudios de Derecho Civil); Editorial Montecorvo; Madrid; 1987; 25. La aportación de Nettelbladt a la ciencia jurídica alemana se circunscribe dentro del pensamiento de la llamada “escuela Wolffiana”, de la cual se ha dicho es uno de los más conspicuos representantes. Esta corriente se caracteriza por recurrir al “sistema” para explicar el conjunto normativo vigente, entendido el sistema como un conjunto ordenado de proposiciones jurídicas que podían ser de dos tipos: dirigidas a atribuir obligaciones o derechos a un tipo específico de sujetos, o bien que atribuyan facultades internas a un cierto derecho o tipo de derecho. El orden del sistema se basa en el agrupamiento de las proposiciones jurídicas, de tal manera que como sucede en las ciencias deductivas y particularmente en las matemáticas y la geometría, aparezca en primer lugar las definiciones de carácter general, axiomas y proposiciones generales, a continuación en el orden, series de desarrollos deductivos, demostrados como teoremas, constituidos por proposiciones particulares y hechos posibles para la introducción de definiciones

Consagración del término en la doctrina jurídica

El diseño de dicho concepto, como categoría fundamental dentro de la doctrina del Derecho Privado, es obra de la pandectística alemana⁴⁰, movimiento intelectual de la doctrina jurídica que tuvo su máximo desarrollo durante el siglo XIX y el primer tercio del XX⁴¹ -y cuyos inicios se remontan al siglo XVIII-.

Esta escuela jurídica recibió, durante la primera mitad del siglo decimonono, la influencia directa de dos corrientes científicas que eran contrarias entre sí y representadas por dos escuelas, la del derecho natural, que tenía como postulado supremo la “formación apriorística” del Derecho a través de la razón, y la escuela histórica, con una perspectiva mucho muy distinta: el Derecho es creación del espíritu popular. Si el racionalismo exaltaba la razón jurídica subjetiva, el historicismo, le contraponía la conciencia popular. De dicha convergencia se obtuvo una síntesis, que llevada a cabo por el pandectismo, configura lo que constituyó la base para el concepto, el dogma de la voluntad, que además fue elevado a objeto de estudio y consideración de primordial orden dentro de la teoría general del Derecho⁴².

particulares: TARELLO, Giovanni; Storia della cultura giuridica moderna; Vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto; Società editrice il mulino; Bolonia; 1976; pág. 153 s.

⁴⁰ Una completa exposición analítica sobre la historia de formación y desarrollo de esta corriente doctrinal puede encontrarse en la obra de: CAPPELLINI, Paolo; Systema Iuris I, Genesi del sistema e nascita della “scienza” delle Pandette; Giuffrè; Milano 1984 y del mismo autor en, Systema Iuris II, 1985.

⁴¹ Esta escuela diseña un esquema de exposición del Derecho civil, y es lo que le caracteriza, consistente en ordenar los ámbitos de incidencia de esta rama (Derecho de cosas, obligaciones, familia y sucesiones), a continuación de una parte llamada general en la que se exponen las doctrinas fundamentales y, en especial, constituyendo su núcleo principal, la del negocio jurídico: FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 54.

⁴² CALASSO, Il negozio giuridico, 1967, 29 ss; 341; en el mismo sentido: BALDASSARI, A; “Il contratto nel diritto intermedio fino alla codificazione vigente” en Il diritto privato nella giurisprudenza, a cura di Paolo Cendon; I contratti in generale I, fonti-diritto internazionale. Autonomia privata-classificazione; Unione tipografico editrice Torinese; Torino; 2000; pág. 36.

Origen abstracto del significado de la expresión

Resulta de los señalados antecedentes de la doctrina del negocio, que dicha figura parte de la premisa de que en la realidad jurídico-privada, y más propiamente en el ámbito civil, hay fenómenos tales como el matrimonio, el contrato y el testamento, los cuales, no obstante su diverso tratamiento legislativo, se identifican entre sí a través de un elemento que resulta común a todos ellos, es un “comportamiento humano, lícito y complejo” que resulta de la conjunción de dos elementos distintos, pero complementarios y necesarios entre sí, la volición y la declaración; a lo cual el ordenamiento otorga algún efecto que sea adecuado a su contenido⁴³.

Así pues, el dicho concepto no denota una realidad de negocio jurídico en sí, sino que alude a una *abstracción de todos los tipos de actos estructurados en el ordenamiento jurídico*⁴⁴. Estos elementos integrantes del ordenamiento jurídico, como figuras suyas, son susceptibles de reducirse a un sistema que las explique racionalmente como pertenecientes al mismo, vinculados por un elemento que a todos es común.

Se entiende aquí, por abstracción, la actividad que fija a través de un esquema una relación entre los fines que la sociedad se ha propuesto y el medio para alcanzarlo, siendo pues su esencia la representación abstracta de la experiencia concreta, mediante la cual toda sociedad -a través de una específica elaboración que se denomina *conceptos*-, se representa y organiza⁴⁵.

⁴³ CARRESI, Franco; “Autonomía privata nei contratti e negli altri atti giuridici”, en RDICIV 1957; 267 s; en el mismo sentido: MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen; Lecciones del negocio jurídico, Oviedo; edit. por los autores 1987; pág. 17 s.; GALGANO, Francesco; “Negozio giuridico e contratto” en Atlante di diritto privato comparato Zanichelli, a cura di Francesco Galgano; Zanichelli editore; Bologna; 1992; pág. 53, el mismo autor, “Teorías e ideologías del negocio jurídico”, en ACFS 22, 1982; pág. 42; CARUSI, Pietro; Il negozio giuridico notarile, 2ª ediz.; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 1978; 17,19.

⁴⁴ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 48 s.

⁴⁵ BARCELLONA, Pietro; Diritto privato e società moderna, con la collaborazione di Carmelita Camardi; Casa editrice Jovene; Napoli; 1996; pág. 23.

Así pues, el concepto de negocio jurídico, que en su primera elaboración doctrinal reflejó el dogma de la voluntad, es fruto, en sentido mediato, de las doctrinas racionalistas, y de la doctrina general del contrato, en su sentido inmediato⁴⁶.

El concepto en cuestión influyó de manera trascendental en la redacción del Código civil alemán de 1900, el cual tuvo como antecedentes legislativos en primer lugar al “Allgemeinen Landrecht” de Prusia, datado en el año de 1794, el cual utiliza el término declaración de voluntad aunque todavía sin la elaboración que dicho concepto habría de alcanzar en el siglo XIX -en I, 4, § 1 se lee: *La declaración de voluntad es una manifestación de lo que, según la intención del declarante, debe o no debe ocurrir*, y en § 5: *todas las cosas y actos sobre los que puede adquirirse un derecho o transmitirse a otros, pueden ser objeto de declaraciones de voluntad*-. El otro antecedente legislativo del Código alemán está en el Código civil del reino de Sajonia, del año 1863, que no sólo lo utiliza como categoría, sino que hasta lo define -en su § 88 afirma: *Si en un acto la voluntad va dirigida a la creación, extinción o modificación de una relación jurídica de acuerdo con las leyes, entonces el acto es un negocio jurídico*-⁴⁷.

Como puede apreciarse, el uso legislativo del concepto negocio jurídico no era nuevo en el ámbito alemán, hecho que además de la enorme y reputada incidencia del concepto dentro de la doctrina pandectística, en buena medida

⁴⁶ Cfr. BALDASSARI, Il contratto nel diritto intermedio, 2000, 34 s; CALVO SORIANO, Alvaro; “Ensayo sobre límites institucionales del negocio jurídico patrimonial”, en: Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, T. V; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1969; pág. 164; DE LOS MOZOS, El negocio jurídico, 1987, 24; SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 18; CALASSO, Il negozio giuridico, 1967, 14: “La escuela del derecho natural, llevada por su misma tendencia al conceptualismo hacia una interpretación racionalista de los hechos humanos relevantes para el Derecho, habría intentado primero, agrupar, dentro de una categoría lógica de amplísimo alcance todas las manifestaciones de la voluntad privada a las cuales el ordenamiento jurídico asigna consecuencias: creación, modificación o extinción de derechos. El concepto habría pasado después a la pandectística, la cual, empujada a su vez por las exigencias sistemáticas que constituyeron una de sus características más importantes, lo habría reelaborado, haciendo de ella el capítulo central de la teoría general del Derecho, nacida de aquellas mismas exigencias”. En este sentido: CARRESI, RDICIV 1957, 267.

⁴⁷ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 56 s.

elaborada por ilustres juristas alemanes, incentivó a los redactores del Código a acogerlo y ubicarlo en el libro primero, parte general del mismo⁴⁸.

No obstante, a consecuencia de la ya mencionada confusión terminológica, la doctrina alemana no termina de acoger el término negocio jurídico, sino a partir de “*Compendio de un sistema del Derecho civil común para un curso de Pandectas*”, obra del profesor de la Universidad de Göttingen, Georg Arnold Heise, publicada en 1807; mas su consagración definitiva vendrá con la monumental obra de F.C Von Savigny⁴⁹.

LA RELACIÓN ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y NEGOCIO JURÍDICO

Exponemos a continuación lo que podría constituir la complementación de lo ya expresado en la primera parte de este trabajo sobre la autonomía privada, ahí intentamos resaltar que ésta es precisamente el núcleo del negocio, concepto importante y vigente en la actualidad. Aquí procuramos presentar a la autonomía privada como elemento de relación con el ordenamiento jurídico, esto es, la validez del negocio a partir de su incidencia, frente a la norma estatal.

⁴⁸ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 20, destaca la poca acogida que el ejemplo germánico ha tenido en las legislaciones extranjeras (a diferencia del ámbito doctrinal), no obstante, LUCIDI, Irina; “La recezione del negozio giuridico in altri paesi” en *Atlante di diritto privato comparato* Zanichelli, a cura di Francesco Galgano; Zanichelli editore; Bologne; 1992; págs. 53-65, destaca la proliferación de legislaciones civiles que han hecho suyo el concepto de negocio jurídico. Señala los ordenamientos civiles de los países de la península escandinava, islandia, Rusia, Dinamarca, Holanda, Austria, Liechtenstein, Grecia, Portugal, Polonia, República Checa, China, Japón, Tailandia, Brasil, Argentina, Perú, Paraguay. Estos datos dan cuenta de una considerable expansión del uso legislativo de la categoría en cuestión. En España, la incidencia del concepto, se ha centrado sobre todo en la doctrina, que pese a alguna reticencia inicial terminó aceptándola; Valverde (en su tratado de Derecho Civil español, 4ª edic., t. I) es el primero que expone la figura a los efectos de su recepción e importancia. A partir de entonces buena parte de los autores la acepta y utiliza; la recepción del negocio jurídico también deja su impronta en el ámbito jurisprudencial: GONZÁLEZ MORENO, Naturaleza y régimen jurídico, 1983, 346; en este mismo sentido, TENORIO, NEJ XVII, 1982, 211. Como ejemplo de la asimilación y tratamiento jurisprudencial del negocio jurídico en España V. JORDANO BAREA, Juan; “Causa, motivo y fin del negocio” ADC abril-junio 1949; pág.749 ss.

⁴⁹ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 55 s.

Tal y como ya dijimos, el ordenamiento jurídico no regula todos los aspectos y manifestaciones de la actividad humana, sino que históricamente se demuestra que ha reservado⁵⁰ algunos aspectos regulatorios a la libre disposición de los sujetos de Derecho. El aspecto más notorio de esa libertad de autonormación de algunas parcelas de las relaciones sociales, con la intención de satisfacer algunas necesidades, lo constituye la autonomía privada, eje y fundamento de la doctrina del negocio jurídico⁵¹.

Debe dejarse claro que si bien es cierto que la voluntad, como esencia de la autonomía privada, juega un papel preponderante dentro de los actos jurídicos en general, no es ella en sí misma la causa de los efectos jurídicos que generan los mismos. Es el ordenamiento jurídico el que otorga eficacia jurídica a la voluntad del hombre, por lo que se puede decir que los efectos jurídicos nacen a partir del negocio jurídico y son la consecuencia de una permisión que el ordenamiento dispone para que los sujetos de Derecho, dentro del marco de la autonomía de la voluntad, hagan surgir el efecto que dispone la norma jurídica⁵². Y es que como dice CASTÁN⁵³, *la simple voluntad humana no es capaz de fundamentar el orden jurídico, ni siquiera de originar por sí sola un derecho de carácter subjetivo*⁵⁴.

Mas lo antes expresado no demerita en absoluto el valor de la libertad del individuo, en el sentido que el ordenamiento someta bajo su imperio la libre regulación de los privados intereses, sino que en ello se afirma la consideración de que un ordenamiento no pierde su carácter autónomo por el hecho de estar

⁵⁰ Al menos es enseñanza que se considera recibida por el Derecho común del Derecho romano, con ejemplos concretos, D. 50, 17, 23, entre otros: DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 25.

⁵¹ Cfr. TRIMARCHI, Istituzioni, 2000, 161.

⁵² Cfr. CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 47 s.

⁵³ CASTÁN TOBEÑAS, José; Situaciones jurídicas subjetivas; Instituto editorial Reus; Madrid; 1963; 78 s.

⁵⁴ Refuerza toda esta argumentación, FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 25 ss.

constituido “*sobre la base de otro ordenamiento*”⁵⁵, siendo que lo que realmente identifica y define a la autonomía es que en el ámbito de un ordenamiento no existe sujeto que posea superioridad a la del titular del mismo; consecuentemente, al negocio se lo debe ver como un hecho normativo al que corresponde la figura de la autonomía, subordinado al imperio del ordenamiento jurídico general⁵⁶.

Por último, debe tenerse presente que la autonomía privada en su sentido estricto, es lo que sirve de base al negocio jurídico; éste es una expresión de aquélla sólo si se lo ve como autorregulación de intereses. Esto significa que no resulta correcto seguir considerando al negocio con una amplitud mayor que la que en verdad posee, lo que ocurría con la antigua doctrina que lo consideraba como la declaración realizada con la finalidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁵⁷.

He aquí la vinculación real entre autonomía privada y la actividad negocial: a través del negocio se verifica “un acto de autorregulación de los intereses privados”⁵⁸.

Profundizando en la solución planteada, se debe explicar en primer lugar, que el vocablo “acto” debe dejar de lado su antigua significación naturalista, de conducta por la cual se materializa la humana voluntad. Referido a la autorregulación de intereses privados, el término en cuestión no representa la “esencia unitaria de la operación negocial”, porque ésta está constituida por el contenido mismo de la expresión “autorregulación de privados intereses”, que se

⁵⁵ En este sentido, ROMANO, Fragmentos, 1964, 62.

⁵⁶ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 225.

⁵⁷ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 25.

⁵⁸ Y por ello, afirma DE LOS MOZOS, El negocio jurídico, 1987, 436, que, no hay duda “que el negocio jurídico, como expresión del reconocimiento de la autonomía privada, según ha ido decantando la doctrina, constituye una autorregulación de intereses privados, que se fundamenta en aquel reconocimiento, mediante su ejercicio, dentro de los límites que establece el ordenamiento, pues no existe, en Derecho, facultad que no tenga sus propios límites”.

traduce en una regla ordenadora de relaciones o intereses, en el establecimiento de la cual los individuos tienden a dar satisfacción a sus necesidades e intereses procurando no incurrir en controversias devenidas a consecuencia de la configuración del negocio.

En segundo término, y una vez establecida la anterior premisa, falta por decir que, aquí, la alusión a una “Regla” no puede ni debe pensarse, ni como sinónimo de precepto⁵⁹ que el sujeto agente pueda dirigir a sí mismo, porque la noción de precepto acoge la necesidad de “fijación de una línea de conducta a la cual otro sujeto debe atenerse”, ni tampoco, como dirigida a otro sujeto, porque la libertad de los demás sujetos es límite natural de todo acto de autonomía negocial y siéndoles de igual manera reconocida a éstos, no resulta factible⁶⁰.

Una última puntualización que debe hacerse es que la regla negocial encuentra su más profunda raíz en su capacidad para ligar a la misma el cumplimiento y observancia de las partes, es decir su “vinculabilidad”, que va necesariamente de la mano de la función de dar nacimiento a un nuevo orden en la preexistente relación de las partes. Esto se explica en que si alguna de las partes pudiese desligarse de la regla que ha ayudado a disponer, la “autonomía privada se disolvería en el puro y simple arbitrio”. Por último, debe decirse que esa mencionada fuerza que vincula a las partes con el contenido de la regla negocial, no le viene a ésta por sí misma, sino que por el contrario, ella se encuentra asentada en un principio normativo externo que se resume en la regla “*pacta sunt servanda*”⁶¹.

⁵⁹ Una de las coordenadas que definen al negocio es que “su objeto inmediato es el de constituir normas singulares (no abstractas, ni general-históricas): ESPINAR LAFUENTE, Francisco; El negocio jurídico (su naturaleza, estructura y clases); instituto editorial REUS; Madrid; 1963; pág. 9.

⁶⁰ “Como actuación “autárquica”, la configuración autónoma de relaciones jurídicas sólo se reconoce en principio por el Ordenamiento jurídico, cuando alguien obra autónomamente para sí mismo”: FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 30.

⁶¹ SCOGNAMIGLIO, Renato; ENG XX, 1990, 8 s; V tamb. SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 99-102. No obstante lo dicho por este autor, la verdad es que los efectos jurídicos derivados de la llamada regla negocial, encuentran su origen en el negocio mismo, como bien él mismo reconoce, en esa regla que no propiamente debe verse como elemento normativo: “*pacta sunt servanda*”, y es que este principio quizá sea el producto de la

Elementos que integran la noción de negocio jurídico

1. Acto. La idea de acto jurídico constituye el género próximo de la definición del negocio jurídico.
2. Existencia de una o varias declaraciones de voluntad privada. La autonomía privada permite que el sujeto sea libre dentro de los límites legales, para realizar su voluntad en pos de satisfacer sus necesidades. Y para ello es necesario que el querer interno sea manifestado de forma relevante.
3. Querer dirigido a provocar una consecuencia jurídica. A diferencia de los demás actos jurídicos, la declaración de voluntad del sujeto debe ser dirigida a provocar un efecto jurídico, o sea a la constitución, modificación o extinción de una relación derecho, esto es a producir un efecto jurídico.
4. Tutela por el ordenamiento jurídico. Es necesario que el efecto querido por la voluntad sea reconocido y tutelado por el Derecho pues la simple voluntad de quien la profiere se hace impotente para desencadenar los efectos esperados.

conciencia de que cada uno es responsable de sus acciones. En este sentido, creemos que las consecuencias jurídicas del negocio encuentran en el mismo su raíz, porque el propio ordenamiento permite que ello sea así, toda vez que no contravenga el contenido del negocio los valores que informan el ordenamiento mismo. En otras palabras, la regla que las partes establecen a partir de su autonomía privada, bien sea creando un sistema de valores, bien aceptando un sistema estipulado por la norma, despliegan sus normales efectos jurídicos, en virtud de no contraponerse al conjunto de valores y principios de que es representante y defensor el ordenamiento jurídico. La valoración del merecimiento o no de una tutela es una actividad encomendada, en un momento posterior a la constitución del negocio; cuando el cumplimiento del contenido del mismo se ve amenazado, a las instancias jurisdiccionales, las cuales en atención a dicha valoración, declararán por parte del Estado y del ordenamiento, el derecho del sujeto o sujetos que han ejercitado su acción, a obtener o no la ejecución efectiva del contenido social.

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

“...no hay duda, que un ordenamiento jurídico en el sentido señalado, no es una suma de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad en sí misma, y una unidad, quede bien claro, no artificial ni lograda por un procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva, debe reconocerse entonces que el ordenamiento es algo distinto de los elementos materiales concretos que lo integran, e incluso debe estimarse que no se puede tener un concepto adecuado de las normas que lo forman, sin anteponer previamente el concepto unitario de aquél...” ROMANO, Santi; *L’ordinamento juridico*, pág. 96.

Expresa un autor⁶² que la necesidad de estudio de este tema nace de la comprobación de que en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares. Dicho contexto de normas se suele denominar “ordenamiento”. Y es pertinente observar desde el principio que la palabra “Derecho” tiene entre sus muchos significados, también el de “ordenamiento jurídico” por ejemplo, en la expresión “Derecho romano”, “Derecho Canónico”.

En una primera acepción, podría decirse que el Ordenamiento jurídico es el sistema de normas e instituciones jurídicas vigentes en un grupo social homogéneo y autónomo. La palabra “sistema” –del griego *συστημα*: conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto- indica que no se trata de una agrupación de normas, meramente yuxtapuestas, sino de una estructura unitaria de normas, es decir, de un conjunto de normas relacionadas de un modo coherente que constituye una unidad. El propio término “Ordenamiento” subraya esta idea de organización,

⁶² BOBBIO, Norberto; *teoría general del Derecho*, 1999, 141.

sin la que no cabría hablar de la existencia de un sistema de normas y consecuentemente tampoco de ordenamiento jurídico propiamente dicho⁶³.

En verdad que el estudio de la materia “ordenamiento jurídico” supone una nueva experiencia dentro de la teoría del Derecho. No es vano para darse cuenta de ello, leer los títulos de la materia anteriores a la mitad primera del siglo pasado.

Así, según el prof. BOBBIO⁶⁴, la norma jurídica era la única perspectiva a través de la cual se estudiaba el derecho, pues el ordenamiento jurídico era, cuan más, un conjunto de muchas normas, mas no un objeto autónomo de estudio, con problemas particulares y diversos. Para expresarlo con una metáfora se consideraba el árbol, pero no el bosque.

La superación de tal idea fue fruto de la tesis institucional del Derecho, de la cual fue adalid el ilustre maestro italiano SANTI ROMANO. A él principalmente se debe la meditación sobre el tema en cuestión y por ello ha dicho otro italiano⁶⁵ “Para nosotros, la teoría de la institución ha tenido el gran mérito de darle importancia al hecho de que solo se puede hablar de derecho cuanto hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que, por lo tanto, el derecho no es norma sino conjunto coordinado de normas. En suma, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo”.

Ordenamiento jurídico y definición de Derecho

Se reitera que la teoría del ordenamiento jurídico constituye una integración de la teoría de la norma jurídica. Por ello, la búsqueda de una noción de Derecho no es fructífera si se hace la búsqueda desde la perspectiva de la norma jurídica considerada aisladamente. Se impone como necesaria la ampliación del

⁶³ SORIANO, Ramón; Compendio de Teoría general del Derecho, 79.

⁶⁴ Teoría general, 142.

⁶⁵ Ibidem.

concepto hasta abarcar la consideración del modo con el cual una determinada norma es eficaz por una compleja organización que determina la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución. Esta compleja organización es el producto de un ordenamiento jurídico, lo que significa entonces que una definición satisfactoria del derecho es solo posible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

Así, combinar la idea de norma y de institución dará como resultado un acercamiento, cuando menos, preciso de lo que es el Derecho. Por ello, lo que nosotros denominamos generalmente “Derecho” es una característica de ciertos ordenamientos normativos más que de ciertas normas. Si se acepta esta tesis, el problema de la definición del Derecho se convierte en un problema de definición de un ordenamiento normativo y, consiguientemente, la distinción entre este tipo de ordenamiento normativo y otro, deja de ser un problema de definición de un tipo de normas. En este caso, para definir la norma jurídica bastará decir que “es aquella que pertenece a un ordenamiento jurídico” y de esta forma el problema de determinar qué significa “jurídico” se desplaza de la norma al ordenamiento.

Esta posición que concede preeminencia al estudio del ordenamiento jurídico conduce a invertir la perspectiva en el estudio de algunos problemas de la teoría general del derecho. Esta inversión se puede expresar sintéticamente de la siguiente manera: mientras que para la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, para la nueva perspectiva, normas jurídicas son aquellas que hacen parte de un ordenamiento jurídico. En otros términos: no hay ordenamientos jurídicos porque existen normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos. El término derecho, en su más común acepción de derecho objetivo, indica un tipo de sistema normativo, no un tipo de norma.

Pluralidad de normas

Para comenzar, partamos de una definición más general de ordenamiento: el ordenamiento jurídico –como cualquier otro sistema normativo- es un conjunto de normas. Esta definición general de ordenamiento presupone una sola condición: que a la constitución de un ordenamiento concurren varias normas – al menos dos-, y que no existe ningún ordenamiento compuesto por una sola norma.

En tal sentido Strömholm, decano de la facultad de jurisprudencia de Uppsala, en su muy interesante y completo artículo “*Lo Sviluppo storico dell’idea di sistema*”, concibe el sistema –u ordenamiento- jurídico como un conjunto ordenado de elementos, que partiendo de los principios fundamentales se estructura a través de elementos menos generales hasta llegar a las disposiciones particulares. Es decir que para este autor el sistema que integra dentro de sí a lo jurídico está constituido por una estratificación de principios que en su conjunto vienen a integrar el todo de lo que es el Derecho⁶⁶.

El ordenamiento jurídico se presenta como manera en que externamente se armoniza el Derecho –y también la ciencia del Derecho-. En él se descubre la presencia de normas, conceptos, principios⁶⁷ -y los conceptos que no son propiamente normas, porque como ha sido manifestado por algún sector de la doctrina, el ordenamiento jurídico en su sistematización no sólo se ve integrado por normas sino también por principios y enunciados, como por ejemplo la

⁶⁶ STRÖMHOLM, Stig; “Lo sviluppo storico dell’idea di sistema” en RIFD, 1975; pág. 469 s. En este sentido BARCELLONA, Diritto privato e società, 1996, 37, para quien, el sistema en su formación, se caracteriza por, ir de los conceptos inferiores a los superiores, hasta los conceptos fundamentales, el sistema jurídico abarca un conjunto de razones que constituyen otros tantos puntos de vista a partir de los que la realidad de las relaciones individuales concretas pueden ser ser puestas en orden y disciplinadas”

⁶⁷ A esto parece hacer referencia, DE LUCAS, Javier/AÑÓN, M^a José/APARISI, Angela/BEA, Emilia/FERNÁNDEZ, Encarnación/LÓPEZ, Fancisco/MARTÍNEZ Blanca/RUIZ, Mario/VIDAL, Ernesto; Introducción a la teoría del Derecho, 2^a edición; Tirant lo blanch; Valencia; 1994; pág. 163, cuando dice: “ es necesario integrar la teoría de la norma jurídica en una teoría del ordenamiento jurídico cuya base la constituye el concepto de sistema normativo”.

definición legal del artículo 142 del Código civil español, que da la pauta conceptual de lo que es para el Derecho civil, “alimentos”⁶⁸, o piénsese también en el concepto de contrato⁶⁹, o el de buena fe o el principio referido al buen padre de familia o al de diligencia o negligencia etc, sin los cuales algunas instituciones serían incomprensibles e inadaptables al sistema jurídico mismo-.

El contenido de este sistema está conformado como un solo bloque; en él las normas se articulan o superponen unas a otras para dar sentido al sistema. En cada individualidad normativa hay una realidad tributaria del conjunto, dándose en consecuencia una relación de coordinación *inter omnes*; una relación de coordinación y complementación entre todas y cada una de ellas. A la sombra de esto, se presentan al análisis, construcciones basadas en la conjunción de grupos de proposiciones normativo-jurídicas o conceptuales que se cohesionan entre sí a través de un centro identificativo, constituyendo así lo que da en llamarse instituciones jurídicas, que se pueden conceptuar como, “plexo normativo, que tipifica y disciplina una clase de relaciones interhumanas reconocible,...cada especie de relaciones humanas tipificadas *sub nomine iuris* se conceptúa, por lo general, como una institución jurídica”, siendo ejemplo de tales, la ocupación, el matrimonio, la posesión, el embargo etc.⁷⁰.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald; ¿Es el Derecho un sistema de reglas?, trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G.; Universidad Nacional Autónoma de México; 1977, especialmente V. pág. 25 ss, 53 s.; ALCHOURRON, Carlos E/BULYGIN, Eugenio; Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales; 1ª reimpresión; editorial Astrea; Buenos Aires; 1987; pág. 23, 96; ALCHOURRON, Carlos E/BULYGIN, Eugenio; Sobre la existencia de las normas jurídicas; distribuciones Fontamara; México D.F; 1997; pág. 62: “Pero un sistema no deja de ser normativo por el hecho de que haya en él enunciados no normativos, por ejemplo, definiciones o enunciados fácticos”.

⁶⁹ Que contenido en el artículo 1321 del Código civil italiano, en opinión de ALPA, Guido; “Causa e contratto: Profili attuali”, en Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, II congreso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997; pág. 256; no es vinculante para el intérprete, puesto que como todas las definiciones contenidas en el código civil, ha de ser tomada como orientativa. Con lo cual se reafirma que aun cuando no constituye norma sí que es parte del sistema.

⁷⁰ LOIS ESTÉVEZ, AFD IV, 1956, 170, En el mismo sentido la referencia que hace LE PERA, La Naturaleza, 1971, 90; cuando expresa que es estableciendo relaciones como se unen y conectan los distintos preceptos contenidos en los Códigos para constituir la norma total...El orden jurídico aparece así como conjuntos de preceptos superpuestos en función de ámbitos de aplicación sucesivamente especializados.

Cada una de las instituciones se integra por una realidad humana juridizada, realidades *sub nomine iuris* que llegan a conformar cuerpos unitarios conceptuales. No existiendo entre ellas igualdad de función están llamadas a tener propia función y finalidad, manifiestan una significación, un sentido cabal, son unidades significativas nítidamente deslindadas y plenamente inteligibles dentro del sistema entero, “verdaderas partículas límite de la fenomenología jurídica”⁷¹. Poseen una cohesión tal, que sólo se les puede apreciar como un todo, sin posibilidad de escisión de una de sus partes a menos que se afecte en sus “más íntimas calidades valiosas”⁷².

Los problemas que plantea el ordenamiento jurídico⁷³

Del hecho de que un ordenamiento requiera para existir la integración en él de más de una norma, derivan las problemáticas propias, es decir que los interrogantes que plantea el tema “ordenamiento jurídico” nacen de las relaciones de las diversas normas entre sí:

- a. Debe determinarse si las normas del ordenamiento constituyen una unidad, y en qué forma la constituyen dicha unidad, saltando así entonces el problema de la jerarquía de las normas.
- b. Todo ordenamiento jurídico, unitario y tendencialmente –por no decir efectivamente- sistemático, pretende también ser completo. El problema

⁷¹ LOIS ESTÉVEZ, AFD IV, 1956, 170; Idem.173; basa en la irreductibilidad el criterio discriminador entre instituciones autónomas y las que no lo son, de tal suerte que si se intentara subsumir dentro de una X institución a otra Y, y esto se lograra, es decir que X asimilara a Y, entonces quedaría en total evidencia la falta de autonomía jurídica de Y respecto de X, faltándole a Y toda necesidad de una regulación jurídica independiente. X sería entonces, una institución además de autónoma, principal y capaz de comunicar reglas y caracteres a las susceptibles de subsunción, como Y, sería un centro del cual partiría la explicación real de las instituciones asociadas, configurando así una estructura ordenadora del entramado normativo interno del sistema jurídico.

⁷² Ibidem.

⁷³ BOBBIO, Teoría, 152.

fundamental que aquí se discute es el de las denominadas lagunas del Derecho.

- c. Ha de indagarse si el ordenamiento jurídico constituye un sistema más que una unidad. Aquí el problema fundamental recae sobre el tema de las antinomias jurídicas.

Jerarquía de la norma y validez jurídica⁷⁴

Una de las cualidades esenciales del ordenamiento jurídico es la unidad, que quiere decir que todas las normas están relacionadas entre sí en una estructura jerárquica, de manera que las normas inferiores deben su validez a las superiores y todas en general a la norma fundamental situada en la cúspide de la jerarquía. Más concretamente, la unidad del ordenamiento jurídico se obtiene cuando todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico son válidas formal y materialmente.

Una norma es válida formalmente si la han elaborado los órganos conforme a los requisitos y procedimientos indicados en la norma superior jerárquica. La ley es válida formalmente cuando sigue el proceso de formación indicado en la constitución, siendo promulgada por el órgano con competencia legislativa.

Una norma es válida materialmente si el sentido de su prescripción es conforme –y no contradictorio– con el sentido de la prescripción de la norma superior jerárquica; en este caso se trata de una coincidencia de contenido normativo. La ley orgánica del poder judicial no puede conceder al poder judicial más competencias que las que describe la Constitución política, debe armonizarse con aquella. Así, una norma que estableciera a la vieja usanza que la religión oficial del Estado es la Santa Católica Apostólica y Romana religión de los Cristianos, sería inválida por contraponerse a la disposición constitucional que la contraría.

Justicia y validez material: Dentro de este tema se debe aclarar que no es lo mismo decir que una norma sea válida y que tal validez le conceda un valor de

⁷⁴ SORIANO, Compendio, 81 ss.

“justa”. La justicia de la norma, como valor jurídico, es un tema de la axiología jurídica, no de una teoría del Derecho. Una norma es justa –o posee validez axiológica– si su prescripción se conforma a los valores jurídicos sociales –en una concepción axiológica rígida, propia de las concepciones iusnaturalistas radicales–. Por lo tanto, una norma puede ser justa y materialmente inválida

Dentro de esta jerarquía de normas relacionadas por criterios de validez formal y material, cada norma puede ser considerada con una función normativa respecto a las normas inferiores, y con una función aplicadora respecto a las normas superiores del ordenamiento jurídico, es decir, como un acto de producción de Derecho, si contemplamos la pirámide normativa de arriba abajo, y como un acto de recepción y aplicación del Derecho, si miramos de abajo arriba. De este modo, las normas jurídicas pueden ser consideradas como creadoras y aplicadoras del Derecho, respectivamente; en una parte, la norma es mera aplicación del contenido de una norma superior del ordenamiento jurídico, y, en otra parte, aprovechando la zona de indeterminación que toda norma tiene, es fuente creadora del Derecho. El reglamento es acto de aplicación de la ley y acto normativo en relación con el acto administrativo.

La plenitud del Ordenamiento Jurídico: Según BOBBIO⁷⁵ por tal “plenitud” se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dicho en otras palabras, es la cualidad que le hace contener soluciones para todos los posibles conflictos jurídicos que puedan originarse en su seno. La plenitud es así, una antigua aspiración de la Ciencia del Derecho, siempre inalcanzable, porque la sociedad genera en su interior distorsiones y desavenencias que no pueden solventarse con suficiente premura por las normas del ordenamiento jurídico. El cambio jurídico va siempre por detrás del cambio social, de manera que a veces la sociedad se ve obligada a autorregularse espontáneamente con los usos sociales. Con frecuencia, la norma jurídica no hace sino prestar el auxilio de la coercibilidad a unas reglas que han establecido de antemano la sociedad de un modo inorgánico.

⁷⁵ Teoría General, 208.

Empero, el hecho de que la plenitud sea un ideal inalcanzable no quiere decir que los ordenamientos jurídicos no deban perseguir su conquista, pues su perfección estará en función del grado de plenitud obtenida. Por otro lado, la lucha descontrolada por la plenitud puede llevar a juristas pretenciosos a la convicción de haberla alcanzado definitivamente, creyendo que el código salido de sus manos posee una eficacia absoluta para atender toda clase de problemas jurídicos. No son pocos los casos de este falso espejismo y probablemente no serán los últimos. Con esta actitud se consigue lamentablemente el efecto opuesto: la convicción mantenida a ultranza de que un determinado ordenamiento jurídico provoca *ad futurum* una insuficiencia cada vez más acentuada. Ni el desinterés por la plenitud jurídica, ni la obcecación por haberla alcanzado son actitudes que reporten ventajas a la consistencia del ordenamiento jurídico. Los juristas deben tender a construir un ordenamiento con el mayor grado posible de autosuficiencia, pero conscientes de que nunca conformarán un ordenamiento jurídico verdaderamente pleno.

En este orden de ideas la plenitud del ordenamiento puede revestir dos formas de entendimiento:

- a. como plenitud absoluta: si el ordenamiento contiene normas para resolver todos los problemas que se susciten en su seno
- b. Como plenitud relativa: si no dispone de un número suficiente de normas, pero sí de medios de integración jurídica –analogía, equidad, principios generales del Derecho, etc.- con los cuales solucionar toda clase de conflictos de Derecho. En los sistemas de raíz romano-germánica, como el nuestro, el sistema que adopta al menos en un amplio sector del mismo es este segundo. Así, el numeral XVII del Título Preliminar del Código Civil determina que el Juez resolverá los asuntos a través de la letra de la ley, si no encuentra solución al caso, acudirá a la analogía de leyes nacionales, en su defecto deberá acudir a los Principios Generales del Derecho.

La falta de plenitud del ordenamiento jurídico: el problema de las lagunas

Si ya hemos especificado qué sea la plenitud, veamos ahora su reverso, es decir, la carencia de plenitud o falta de criterio de solución para un caso concreto.

La falta de plenitud consiste en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíba determinado comportamiento ni una norma que lo permita. En efecto, si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna. La expresión de estas lagunas es doble. CARNELUTTI habla de falta de plenitud por exuberancia en el caso de las antinomias, y de falta de plenitud por deficiencia en el caso de las lagunas, cuyos remedios son opuestos: el de la purga del sistema para eliminar las normas exuberantes, o sea las antinomias, y el de la plenitud para eliminar la deficiencia de normas, o sea las lagunas. Identifica así el citado autor la antinomia como un caso en el que hay más normas de las que debería haber, y por ello la misión del intérprete es suprimir lo que sale sobrando; la laguna en cambio, es un caso en el que hay menos normas de las que debería existir, en donde el deber del intérprete es el opuesto, es decir, agregar lo que falta.

Tipos de lagunas: Básicamente se plantea la existencia de dos tipos de lagunas

- a. reales que consisten –no en la ausencia de normas jurídicas aplicables– en la ausencia de criterios para determinar qué norma aplicara a la solución de un caso concreto
- b. las ideales que consisten en la ausencia de una solución satisfactoria o deseada, no la ausencia de una norma, sino la falta de una norma justa, o sea de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe.

Heterointegración y autointegración

El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico está ligado históricamente a la concepción estatalista del Derecho.

Todo ordenamiento prevé los medios o los remedios aptos para penetrar en la zona intermedia, y extender la esfera de lo regulado frente a la de lo no-regulado.

Además, ya sabemos que los ordenamientos jurídicos son complejos y que sus normas provienen de fuentes diversas, si bien reunidas por medio del sistema jerárquico, en una unidad. Si un ordenamiento jurídico considerado estáticamente no es completo, sino en virtud de la norma general exclusiva, sin embargo, dinámicamente se considera que puede completarse.

Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos diferentes que podemos llamar, siguiendo en ello la terminología de CARNELUTTI, de heterointegración y de autointegración. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías:

- a. recurriendo a ordenamientos diversos
- b. recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley)

El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante sin recurrir a otros ordenamientos, o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante.

Examinando rápidamente el método de la heterointegración es sus dos formas principales se puede decir que el método tradicional de la heterointegración que recurre a otros ordenamientos, consiste en el deber que tiene el juez de apoyarse, cuando hay lagunas en el derecho positivo, en el derecho natural. Una de las funciones constantes del derecho natural, durante el predominio de las corrientes jusnaturalistas, fue la de colmar las lagunas del derecho positivo. El derecho natural era concebido como un sistema jurídico perfecto, sobre el cual reposaba el ordenamiento positivo, imperfecto por naturaleza, dado que la tarea del derecho natural era la de poner remedio a las imperfecciones inevitables del derecho positivo. Era doctrina constante del derecho natural que el legislador positivo se inspirase, para la producción de sus propias normas, en el derecho natural; y de allí se derivaba, como consecuencia lógica, que en caso de laguna el juez se dirigiese a la misma fuente.

En las legislaciones modernas el último residuo de esta doctrina es el art. 7 CC austriaco de 1812, según el cual en caso de dudas que no se puedan solucionar con normas del derecho positivo, el juez debe recurrir a los principios del derecho natural. Fórmula que disfrazada por su original formulación en el CC italiano de 1865, expone el numeral 3 del artículo 443 Pr: Los jueces y Tribunales no pueden en ningún caso dejar de resolver a las partes sus

pretensiones. Cuando a juicio de ellos no haya ley que prevea el caso o duden acerca de la aplicación del derecho, observarán las siguientes reglas:

- 3.- En defecto de las dos reglas precedentes, se resolverá la cuestión por los principios generales del derecho o por lo que se dicte la razón natural.

No se excluye que un determinado ordenamiento recurra, para llevara a cabo su propia integración, a otros ordenamientos positivos. Pero en este caso podemos distinguir:

1. La remisión a ordenamientos precedentes en el tiempo. Por ejemplo, cuando un ordenamiento vigente recurre al derecho romano, que es la matriz histórica. Hay quienes afirman que la tan discutida fórmula de los “principios generales del Derecho” del CC italiano de 1865 debe interpretarse como si significara “principios generales del derecho romano”.
2. La remisión a ordenamientos vigentes contemporáneos, como cuando el ordenamiento estatal toma normas de otro ordenamiento estatal o del derecho canónico

Por lo que hace al recurso a otras fuentes distintas de la dominante, consideremos nuestros ordenamientos en los que la fuente predominante es la ley. La heterointegración adapta entonces tres formas:

1. Recurso a la costumbre *praeter legem*. Se puede distinguir una aplicación amplia y una restringida de la costumbre *praeter legem* o, dicho de otro modo, para indicar exactamente su función de fuente subsidiaria, integradora. Hay aplicación amplia cuando la costumbre la invoca una norma de este género: “La costumbre tiene vigencia en todas las materias no reguladas por la ley”. La aplicación restringida se da cuando está establecida en una norma de este género: “La costumbre tiene vigencia solo en los casos en que está expresamente prevista en la ley”.

El método más importante de heterointegración entendida como el recurso a otras fuentes distintas de la legislativa, en caso de laguna de la ley es el recurso al poder creativo del juez, esto es, al denominado

“derecho judicial”. Como es sabido los sistemas jurídicos anglosajones recurren a esta forma de integración más ampliamente que los sistemas jurídicos continentales en los cuales no se reconoce, por lo menos oficialmente, el poder creativo del juez, salvo en los casos expresamente indicados en los que se atribuye al juez la posibilidad de fallar en equidad. A consecuencia de la batalla desencadenada por la escuela del derecho libre a favor del derecho judicial, el CC suizo, enunció en el artículo 1º el principio de que en presencia de lagunas, ya sea de la ley o de la costumbre, el juez podía decidir el caso como si él fuese el mismo legislador. Se ha demostrado por lo demás que el juez suizo casi nunca recurre al empleo de tan amplios poderes, y con esto se muestra claramente el apego de nuestra tradición jurídica a la autointegración o, cuando menos, la desconfianza hacia el derecho judicial considerado como fuente de incertidumbre y de desorden. En realidad, se puede considerar como recurso a otras fuentes el recurso a las opiniones de los juristas, a las que se les atribuiría, en circunstancias particulares de silencio de la ley o de la costumbre, autoridad de fuente del derecho. Para designar esta fuente del derecho podemos adoptar la expresión de SAVIGNY: derecho científico. En nuestros ordenamientos, así como no se le ha reconocido derecho de ciudadanía al juez como fuente normativa, con mayor razón no se le ha atribuido derecho de ciudadanía al jurista, quien expresa opiniones que tanto el legislador como el juez pueden tener en cuenta, pero sin emitir nunca juicios vinculantes ni para el legislador ni para el juez. Para explicar esta forma de integración nos limitaremos a plantear la hipótesis de un ordenamiento que contenga una norma de este género: “En caso de laguna que la ley (o de la costumbre), el juez deberá atenerse a la opinión prevalente en la doctrina”, o todavía con mayor precisión “... a la solución adoptada por este o aquel jurista”. Por lo demás, esta hipótesis no es del todo inventada. Recordemos la Ley de citas (426 d. C) de Teodosio II y Valentiniano III que fijaban el valor que debía atribuirse en el proceso a los escritos de los juristas, y en primer lugar reconocían plena autoridad a las obras de PAPINIANO, PAULO, ULPIANO, MODESTINO, GAYO.

La analogía: El método de la autointegración se vale principalmente de dos procedimientos: 1º La analogía y 2º Los principios generales del derecho.

La autointegración es el método que nos interesa más de cerca por cuanto ha sido adoptado por nuestros legisladores en el numeral XVII TPC: “Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Así, al prescribir los dos procedimientos, el de la analogía y el de los principios generales del derecho, el legislador pretende o presume que en caso de laguna la regla se debe encontrar en el ámbito mismo de las leyes vigentes, esto es, sin recurrir a otros ordenamientos ni a fuentes diferentes de las leyes. Por “analogía” se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo régimen dado a un caso regulado similarmente. Ya tuvimos oportunidad de tratar la analogía cuando hablamos de la norma general inclusiva. La analogía es ciertamente el más típico y el más importante de los procedimientos interpretativos de un determinado sistema normativo; es el procedimiento mediante el cual se explica la denominada tendencia de todo sistema jurídico a expandirse más allá de los casos expresamente regulados. Ha sido ampliamente usado en todos los tiempos. Recordemos el pasaje del Digesto: “*non possunt omnes articuli sinillantim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*” (10 D. de leg, 1,3). En el derecho medioeval, la analogía o argumentum a simili se consideraba el procedimiento más eficaz para llevar a cabo la denominada *extensio legis*.

El razonamiento por analogía ha sido estudiado por los lógicos. Se encuentra mencionado con el nombre de paradigma (traducido luego al latín como exemplum) en el Organon de Aristóteles (Analíticos priores, II, 24). El ejemplo adoptado por Aristóteles es el siguiente: “La guerra de los focenses contra los tebanos es mala; la guerra de los atenienses contra los tebanos es similar a la guerra de los focenses contra los tebanos; la guerra

de los atenienses contra los tebanos es mala” la fórmula del razonamiento por analogía se puede expresar esquemáticamente así:

M es P

S es similar a M

S es P

Esta fórmula presenta un silogismo en el que la proposición menor expresa una relación de semejanza antes que de identidad (la fórmula del silogismo es: M es P; S es M, S es P). En realidad, ella oculta el vicio conocido como del quaternio terminorum, según el cual los términos aparentes son tres, como el silogismo, pero en realidad son cuatro. Veamos un ejemplo:

Los hombres son mortales

Los caballos son similares a los hombres

Los caballos son mortales.

Como es de notar, la conclusión es lícita sólo si los caballos son similares a los hombres en una cualidad que sea la razón suficiente por la cual los hombres son mortales. La semejanza no debe ser una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante.

En la analogía, se hace necesario que los dos casos, el regulado y el no regulado, tengan en común la *ratio legis*, para que el razonamiento por analogía sea lícito en Derecho, es el sentido propio de la fórmula: “*ibi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*” (en donde hay la misma razón debe haber la misma ley)

Distinción entre la analogía y otros conceptos

Se suele distinguir la analogía propiamente dicha, conocida también con el nombre de “analogía legis”, tanto de la “analogía iuris” como de la “interpretación extensiva”. Es curioso el hecho de que la analogía iuris, no obstante la identidad del nombre, no tenga nada que ver con un razonamiento por analogía, mientras la interpretación extensiva, no

obstante la diferencia del nombre, es un caso de aplicación del razonamiento por analogía.

Por *analogía iuris* se entiende el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso no individual, como sucede en la *analogía legis*, sino por todo el sistema o por una parte del sistema, es decir que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho, a los que haremos referencia más adelante.

En cuanto a la interpretación extensiva, es opinión común, a veces impugnada, que es algo diferente de la analogía propiamente dicha. La importancia jurídica de la distinción consiste en lo siguiente: se afirma comúnmente, que cuando la extensión analógica está prohibida, como, en las normas penales, la interpretación extensiva es lícita. Es del caso observar aquí, con referencia a cuanto hemos dicho repetidamente a propósito de las lagunas, que cuando la extensión analógica no está admitida, funciona inmediatamente, en caso de *silentium legis*, la norma general exclusiva. No hay una zona intermedia ente el caso particular expresamente regulado y los caos no regulados.

Pero, cuál es exactamente la diferencia entre la analogía propiamente dicha y la interpretación extensiva. Aunque se ha ideado variadas respuesta, parece ser que la más aceptable es el criterio que trata de establecer la diferencia en relación con los efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por esta.

2. Los principios generales del Derecho: otro de los procedimientos de autointegración, tradicionalmente conocido con el nombre de *analogía iuris*, consiste en recurrir a los principios generales del derecho. La expresión “principios generales del derecho” fue usada por el legislador del CC italiano de 1865; pero por los errores a que podía dar lugar,

relativos a si por “derecho” debía entenderse el derecho natural o el derecho positivo, la fórmula “principios generales del derecho vigente” que había adoptado el proyecto del nuevo código de 1942, fue cambiada en la última redacción por la fórmula actual: “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. Por eso sostiene BOBBIO, que los principios generales del Derecho no son sino normas de carácter fundamental o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre “principios” llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Pero dos argumentos contribuyen a confirmar que se trata de normas:

- a. si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas)
- b. La función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso ¿Con qué fin se deducen en caso de laguna? es claro que para regular un comportamiento no regulado, pero entonces ¿sirven para el mismo fin que sirven las normas expresas? Y, ¿por qué no deberían ser normas?

Interpretación de la ley

XVI

Al aplicar la ley, no puede atribuírsele otro sentido que el que resulta explícitamente de los términos empleados, dada la relación que entre los mismos debe existir y la intención del legislador.

XVII

Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

XXXIV

La ley puede ser derogada total o parcialmente por otra ley.

XXXV

La derogación de la ley puede ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la anterior.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

XXXVI

La derogación expresa será total o parcial, según lo manifieste la ley derogatoria. La tácita deja vigente en la ley anterior todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley, aunque ambas versen sobre la misma materia.

XXXVII

La derogación de la ley derogatoria no restablece la primera ley, sino es que la última lo prescriba expresamente.

Las antinomias jurídicas: definiciones y criterios de solución de supuestos de antinomias⁷⁶

⁷⁶ SORIANO, COMPENDIO, PÁG. 98-104.

La coherencia es la cualidad que hace compatibles todas las normas contenidas en el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es incoherente, *sensu contrario*, cuando en su interior colisionan normas incompatibles que establecen diversas, e incluso contradictorias, consecuencias jurídicas para unos mismos supuestos jurídicos. Cuando en el ordenamiento jurídico aparecen dos o más normas incompatibles se dice que se ha producido una situación de antinomia jurídica y a tales normas se les da en llamar “antinómicas”⁷⁷

Una antinomia jurídica se puede concebir como situación que se produce cuando dos o más normas presentan un contenido prescriptivo incompatible, perteneciendo a un mismo ordenamiento jurídico y afectando a un mismo ámbito de validez jurídica.

Dice el prof. Bobbio⁷⁸ que es antinomia la situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento.

Si las normas pertenecen a distintos ordenamientos jurídicos no son antinómicas aunque sus contenidos prescriptivos sean contradictorios. Ambas normas son válidas –o pueden serlo– en el seno de sus propios ordenamientos jurídicos, ya que éstos son independientes y poseen su propia esfera de validez material y personal. Un ordenamiento jurídico estatal puede proclamar el derecho a la vida como un derecho fundamental y el ordenamiento jurídico de una confesión religiosa con sede en ese mismo Estado excepcionar tal derecho en determinados supuestos; a pesar de su incompatibilidad conceptual, ambos preceptos son válidos dentro del ordenamiento al que pertenecen. Si a pesar de ello se producen antinomias es porque los ordenamientos jurídicos no son plenamente

⁷⁷ De *αντα*: contra νομος: ley

⁷⁸ BOBBIO, Norberto; *Teoría general del Derecho*, pág. 188.

independientes entre sí, porque mantienen una dependencia plena –si uno está subordinado al otro- o relativa – si entre ellos existen normas de reenvío o recepción que afectan a sectores comunes-.

Si las normas no tienen el mismo ámbito de validez tampoco se produce antinomia jurídica. Para que las normas sean verdaderamente antinómicas han de coincidir en los criterios de validez personal, material, espacial y temporal. Se distinguen pues, cuatro ámbitos de validez de una norma: temporal, espacial, personal y material. No constituyen pues antinomia dos normas que no coincidan respecto a la⁷⁹:

- a. Validez temporal: “Está prohibido fumar de las cinco a las siete” no es incompatible con: “Está permitido fumar desde las siete hasta las nueve”;
- b. Validez espacial: “Está prohibido fumar en la sala de clase” no es incompatible con “Está permitido fumar en la sala de conferencias”;
- c. Validez personal: “Se prohíbe fumar a los menores de 18 años” no es incompatible con “Se permite fumar a los adultos”;
- d. Validez material: “Se prohíbe fumar cigarros puros” no es incompatible con “Se permite fumar cigarrillos”.

Se entiende pues que si las normas se refieren a distintos sujetos pasivos, o prescriben comportamientos que no se relacionan entre sí, o se aplican en diversos territorios o en períodos de tiempo que no coinciden, lógicamente no pueden ser incompatibles entre sí. Para que sean incompatibles tales normas tienen que ordenar actos de la misma naturaleza a los mismos destinatarios aplicándose en un territorio común y sin que ninguna de ellas haya sido derogada.

Por otro lado, los supuestos de antinomia admiten diversa graduación: dos normas pueden ser incompatibles absolutamente o sólo en determinados

⁷⁹ BOBBIO, Norberto; Teoría general del Derecho, pág. 188

aspectos; cabe hablar por lo tanto de normas antinómicas absoluta o parcialmente. El grado relativo o absoluto de la incompatibilidad puede afectar a toda o a una parte de la prescripción. Incluso puede resultar que la norma inaplicable por ser incompatible con otra superior, sólo lo sea en una parte reducida, quedando vigente en el resto. Incluso una norma parcialmente incompatible puede poseer una mayor capacidad normativa que la norma superior que la deroga parcialmente, pero que tiene un menor ámbito de validez material o alguno de los principios de la norma superior jerárquica de escaso contenido prescriptivo.

Si en el ordenamiento jurídico existen supuestos de normas antinómicas que impiden su coherencia, es necesaria la búsqueda de unos criterios para subsanarlos; de lo contrario, el exceso de normas superfluas restaría valor a la unidad del ordenamientos jurídico, provocaría graves problemas de incertidumbre en la aplicación del Derecho por los jueces y, a la postre, el simple ciudadano sufriría las consecuencias de una falta de seguridad jurídica. El ciudadano debe saber qué derecho le obliga y el juez qué derecho debe aplicar; a tal efecto, el propio ordenamiento jurídico debe trazar de una manera clara el método o procedimiento oportuno para seleccionar la norma válida de entre las incompatibles.

Permitir que el juez escoja libremente la norma que crea conveniente sería volver a un trasnochado arbitrio ya superado; supondría concederles facultades legisladoras en estos casos de laguna de ley por exceso de leyes contradictorias y permitir que los conflictos de derecho se solucionen con criterios subjetivos sin sujeción a una norma general. Se impone, por el contrario, la selección de la norma válida según criterios objetivos precisados por el ordenamiento jurídico. Estos criterios podrán variar conforme a la naturaleza de los casos de incompatibilidad, pero serán siempre criterios fijos y susceptibles de conocimiento y aplicación judicial, criterios objetivos ciertos y verificables previstos por el ordenamiento jurídico, dejando a un lado el criterio judicial de la solución más justa del caso concreto. El criterio de la justicia deber presidir la legislación o elaboración del Derecho más que su aplicación a la realidad social,

en la que se ha de atender sobre todo a la certeza del Derecho y a la seguridad jurídica de los sujetos.

En resumen de lo anterior se puede decir que⁸⁰, consabida es la tendencia de todo ordenamiento jurídico a constituirse en sistema, y que la presencia de antinomias en sentido propio es un defecto que el intérprete tiene a eliminar pues “antinomia” significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación del inconveniente que tales situaciones plantean frente a la resolución de casos concretos hace imperativo no puede consistir más que en la eliminación de una de las dos normas. Pero la pregunta adviene de inmediato ¿cuál de las normas implicadas? ¿bajo qué criterio o criterios?

A dichas preguntas la ciencia jurídica ha tratado de responder a través de algunos criterios básicos. No obstante se advierte que dichas reglas no son suficientes para resolver todos los supuestos de antinomia. De donde deriva la necesidad de clasificar a las mismas en:

1. Antinomias solubles
2. Antinomias insolubles

Los básicos criterios utilizados para resolver los casos de antinomias son:

1. **El criterio cronológico:** según el cual la antinomia se resuelve aplicando la norma promulgada con posterioridad: *lex posterior derogat anteriori*. Para fijar qué norma es anterior en el tiempo hay que acudir a medios de verificación. Esta verificación es fácil cuando se trata de normas expresas, aun cuando la documentación puede resultar difícil si se trata de normas muy antiguas con problemas de fijación de sus orígenes. La elección es más comprometida cuando se comparan normas expresas con normas tácitas –como la costumbre– ya que resulta difícil indicar cuándo nació

⁸⁰ BOBBIO, Norberto; Teoría general del Derecho, pág. 191.

realmente la costumbre jurídica u *opinio iuris* y dejó de ser un uso social para convertirse en norma jurídica. En un orden de prelación de fuentes la norma expresa suele prevalecer sobre la consuetudinaria, pero no siempre es así –por ejemplo, en el Derecho internacional, en las normas negociales- y entonces la verificación de la norma anterior en el tiempo puede acarrear importantes consecuencias a la hora de escoger la norma a aplicar.

2. **El criterio jerárquico** exige que se aplique la norma más alta del orden de prelación señalado por el ordenamiento jurídico; así, en virtud del numeral XVII TPC, en las relaciones jurídico-privadas la ley prevalece sobre la analogía y ésta a su vez, sobre los principios generales del Derecho. Este es el criterio de más fácil aplicación, sobre todo en los Derechos formalizados, como son los pertenecientes al sistema romanista europeo. Pero presenta mayores dificultades en los Derechos en formación –como es el caso del Derecho internacional- y en los Derechos no formalizados –como los pertenecientes al sistema anglosajón-, en los que predominan las normas no escritas. Pero incluso en los Derechos formalizados el criterio jerárquico encuentra sus dificultades. No hay problemas cuando cada órgano de poder produce una determinada norma, pero sí puede haberlos cuando un mismo órgano o fuente material crea una diversidad de normas, y cuando diversos órganos pueden crear una misma norma.
3. **El criterio de la especialidad** supone la aplicación de la norma que regula de modo específico una determinada materia, y consecuentemente la prevalencia de la norma particular y concreta sobre la general y típica. En un sentido amplio se dice que una norma es especial cuando presenta unas peculiaridades en orden a su validez personal o material. Así, una norma municipal es más especial que la norma general del Estado y una norma de Derecho de las regiones autónomas del Caribe, más que una norma de Derecho común.

LAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Después de haber realizado el estudio sobre el fenómeno “ordenamiento jurídico”, corresponde en la secuencia lógica de esta materia, analizar y reflexionar en torno al tema “ramas del ordenamiento jurídico” que en definitiva nos permitirá completar la comprensión de aquel fenómeno visto desde los grupos de normas, conceptos y principios que en razón de elementos identificativos entre ellos constituyen verdaderos sistemas normativos. Esto es atender a las determinadas esferas más o menos homogéneas de regulación jurídica que corresponden a sectores individualizados de la vida social⁸¹.

La reflexión sobre el ordenamiento jurídico nos llevó a la idea de que lo jurídico es expresión de la sociedad organizada y que en la estructuración de ese plexo que se integra de experiencias sociales juridizadas; en cambio, hablar de “ramas del derecho” nos llevará al convencimiento de que dentro de ese ordenamiento jurídico la sociedad se halla reflejada a través de grandes bloques o sectores que tienen en común, como ya se dijo, elementos identificativos que permiten que el subsistema que representa dentro del todo del ordenamiento, tenga coherencia y que sea dinámico.

A priori, se puede afirmar que “ramas del Derecho” son los segmentos del ordenamiento jurídico, y en tal afirmación pareciera como que va implícita la idea de una separación nítida entre dichos segmentos, no obstante dicha limpidez conceptual no existe:

Si existen diferentes ámbitos o esferas con peculiaridades en regulación jurídica no es porque el Derecho tenga determinadas características en su estructura, sino porque existen relaciones sociales diferentes que exigen un tratamiento jurídico específico o adecuado a cada uno de esos sectores de la vida social... y es que el carácter interactivo de las relaciones sociales hace bastante difícil hablar de

⁸¹ LUCAS AÑÓN, Javier, et al.; Introducción a la teoría del Derecho, 3ª edic.; Tirant lo Blanch; Valencia; 1997; pág. 171.

“ramas autónomas del Derecho”, ya que tanto por lo que respecta a su conocimiento como a su dimensión práctica se dan una serie de influencias mutuas que resulta imprescindible tomar en consideración.

En coherencia con lo anterior se puede decir entonces que existen sectores juridizados de las relaciones sociales como, el derecho civil, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho penal, derecho internacional, derecho procesal o jurisdiccional, derecho etc. Nombres que como podemos deducir corresponden a materias que se estudian separadamente dentro los programas de estudio de las Facultades de Derecho, con lo cual, identificamos que “las ramas del Derecho” también inciden en una forma de presentar externamente a la Ciencia jurídica.

Distinción entre Derecho Privado y Derecho público

En la historia del Derecho, esta distinción ha tenido expresiones que responden al tiempo particular en el que se reflexiona sobre ello. Significa esto que el contenido “público” o “privado” que a los sectores del ordenamiento se puede asignar, está dado por las características propias de la metodología científica aplicable en cada época.

Para convencerse de ello, basta con echar un vistazo por la configuración de algunos Ordenamientos históricos como el Romano, en el que la inedintificación de las áreas públicas o privadas del Derecho no se halla planteada por razón de que en dependencia del periodo que se analice, dicho fenómeno se mueve desde una actividad privada o pública reflejada en la participación del “demos” en la confección de las normas y en la observancia de las mismas por su carácter social paccionado, hasta llegar a la idea de un Derecho que aun cuando fuese dirigido a la regulación del individuo, éste se encuentra aludido o atañido por ese derecho que dicta una sola persona porque es súbdito.

Un tanto más se descubre en el ordenamiento jurídico de los pueblos nacidos de las ruinas de Roma de occidente, mismos que nacieron caracterizados por una

cierta “mulatez” que incorpora en sí la idea fundamental de que el individuo no tiene “derechos” privados, sino que es titular de ellos por que el “poder” así lo dicta.

Se puede decir entonces que la metodología demuestra que la contraposición “derecho privado” “derecho público, no tenía ninguna relevancia por razón de la consideración del sujeto del mismo no como “persona” sino como “súbdito”, como ciudadano, como parte que había de soportar la voluntad de quienes tenían la preponderancia jurídica en cada sociedad.

Aparentemente, la preocupación dogmática por la existencia de esta clasificación nació de la “despersonalización del poder” que se realizó a partir de los avatares propios de la revolución francesa y de sus consecuencias sociales, jurídicas e históricas. No por nada aparece con fuerza a propósito del apareamiento de las escuelas jurídicas que tratan de dar sentido y ubicación sistemática al naciente “derecho público”, a mediados del siglo decimonono y principios del vigésimo.

“Su importancia histórica es indudable y aun conserva parte de su interés, ya que cualquier examen de las instituciones jurídicas modernas y de las tendencias evolutivas del Derecho muestra el proceso de las relaciones entre estas dos esferas que nunca han llegado a disolverse en una unidad. Esta separación de esferas tiene dos notas fundamentales:

- a. responde a criterios de carácter funcional
- b. se trata de una separación históricamente variable

En cuanto a la primera nota, la distinción cumple determinadas funciones de calificación y delimitación de relaciones que tienen importantes consecuencias en el orden jurídico. Aunque, desde luego, presenta unos límites imprecisos y problemáticos, ya que no toda esfera jurídica concreta ha de pertenecer unívocamente a una u otra área. Desde un punto de vista muy general, y probablemente un tanto simplificador basta dar una ojeada a nuestro entorno social para ver cómo existen unos poderes “públicos” que gestionan una serie de intereses colectivos, en función de los cuales, por ejemplo, recaudan impuestos,

previenen o reprimen el delito y organizan los servicios comunes. Junto a ello, los ciudadanos nos movemos con un tipo de relaciones distintas, por ejemplo, cuando compramos una casa, formamos una familia, nos procuramos determinados bienes, etc. En uno y otro caso los instrumentos jurídicos aptos para desarrollar cada una de las actividades y las consecuencias en el orden jurídico son diferentes.

Respecto a la segunda nota de las referidas, debe tenerse en cuenta que la distinción no es estrictamente jurídica, sino que se encuentra interrelacionada con la propia realidad social, política, económica, cultural, etc. Y, por ello es impropio tratar de aplicarla a todos los momentos históricos con idénticas características y perfiles. La articulación de las dos esferas, por tanto, se encuentra en relación con cada estructura histórica concreta y responde a una distinción fundamental, con implicaciones sociales de primer orden, esto es, la separación entre los ámbitos de acciones sociales, cuya definición constituye en sí misma un problema de orden privado, suponen la proyección en el terreno jurídico de las relaciones, en el ámbito social, entre lo público y privado⁸².

⁸² BOBBIO, Norberto, teoría general del Derecho, pág. 95. 110

Guía de estudio de la asignatura: Introducción al estudio del Derecho

1. ¿Cree que el Derecho sea un “conjunto de normas jurídicas”?
2. ¿Qué misión cumple en su vida y la de su familia el Derecho?
3. ¿En qué lugar podemos encontrar al Derecho?
4. ¿Qué relación existe entre el obrar humano y el Derecho?
5. ¿Qué significa afirmar que la consciencia humana es incoercible?
6. Explique qué significa “objetivación del Derecho”.
7. Explique qué significa “intuición de lo jurídico” como “rasgo fundamental del concepto “Derecho”.
8. Explique qué significa “factor de civilización y cultura” como “rasgo fundamental del concepto “Derecho”.
9. Explique qué significa “posibilitador de auténtica vida humana” como “rasgo fundamental del concepto “Derecho”.
10. Descomponga el concepto que de “Derecho” ofrecemos en el texto y procure explicar el significado de cada una de esas partes.
11. Realice un análisis sobre la significación de la frase de Aristóteles: “El hombre es un animal político”.
12. ¿Qué justifica que esta materia estudiemos también el fenómeno denominado “sociedad”.
13. Explique qué relación tienen los elementos que integran el trinomio: “deber ser-albedrío-sociedad”.
14. ¿Qué elemento identifica entre sí a los distintos órdenes normativos.
15. ¿Qué significa para la teoría del Derecho la expresión “deber ser”?
16. En razón de su finalidad ¿cómo se distinguen entre sí los órdenes normativos?
17. ¿En la teoría general del Derecho se puede afirmar que el Derecho ha de servir como vehículo para la realización de las finalidades morales de una sociedad?
18. Conoce vd. Un ejemplo en el que en cualquier Estado moderno se hubiera utilizado la norma jurídica como elemento de realización de la moral.
19. Explique cómo se relacionan las funciones del Derecho con el elemento “albedrío” que ya fue estudiado.
20. Explique resumidamente las tesis que explican la “naturaleza de la norma jurídica”. Cuál es a su criterio la más exacta. Explique.
21. ¿Qué es una proposición normativa? ¿Qué es una norma jurídica? ¿existe diferencia entre estos conceptos?
22. Si existen diferencias exponga resumidamente cuáles son dichos criterios de distinción
23. Resuma el proceso de positivación del Derecho y explique la función éste proceso ha cumplido
24. Cuál es la estructura lógica de la norma jurídica.
25. Explique y ejemplifique utilizando para ello una norma jurídica cuáles son sus notas caracterizadoras.
26. Explique en qué consiste la llamada “teoría tridimensional” del Derecho
27. ¿Que se expresa con la denominación “reduccionismo jurídico”

28. Explique si puede existir una necesaria relación entre validez, eficacia y justicia.
29. ¿Implica algún tipo de error el llamado “reduccionismo jurídico”?
30. Realice un encaje en el que se relacione los valores: validez, justicia, eficacia, con las principales escuelas del Derecho.
31. ¿Cuál de las escuelas se halla exenta de crítica en cuanto a sus planteamientos sobre el valor que debe caracterizar al Derecho?
32. Diseñe un cuadro sinóptico que refleje la clasificación de las normas jurídicas
33. ¿Cuál es a su criterio el problema que plantea el tratamiento de las “fuentes del Derecho”?
34. ¿Qué entiende por “fuente del Derecho”?
35. ¿Qué entiende por “fuente del Derecho”?
36. ¿Existe entre fuente del Derecho y la formación histórica del ordenamiento jurídico?
37. ¿Presenta alguna vicisitud explicativa el tema “derecho subjetivo”?
38. Explique las diferentes cualidades que adopta el “derecho subjetivo”
39. Realice un resumen de la configuración histórica del concepto “derecho subjetivo”.
40. Cree que el derecho subjetivo es un concepto que se vivencia en la sociedad nicaragüense del siglo XXI.
41. ¿Cuál es a su criterio la función que realizan los conceptos “hecho jurídico” “acto jurídico” y “negocio jurídico”?
42. Dé un concepto de “ordenamiento jurídico”
43. ¿Qué diferencia la forma de estudiar el Derecho desde la perspectiva de la norma jurídica frente a la perspectiva del ordenamiento jurídico.
44. Dé un ejemplo de la forma en que se organiza el ordenamiento jurídico
45. ¿Qué problema plantea el ordenamiento jurídico
46. ¿Qué se entiende por “plenitud del ordenamiento jurídico”
47. Explique la función que cumple en la teoría del ordenamiento jurídico la hetero y la auto integración
48. ¿Qué es una laguna jurídica. ¿Qué reglas se deben seguir para su resolución?
49. Explique la diferencia entre la analogía legis y la analogía iuris.
50. ¿Qué son los principios generales del Derecho dé ejemplo.
51. Explique qué es una antinomia jurídica. Dé ejemplo de ello.
52. Explique los criterios con los que se pueden resolver las antinomias jurídicas.
53. ¿Qué diferencia existe entre Derecho privado y Derecho público.

va más lejos



Estimado/a estudiante:

La Universidad Centroamericana se complace en tenerlo/a como estudiante de la modalidad de educación a distancia e integrante de la comunidad educativa UCA. Al configurar este nuevo entorno de enseñanza y aprendizaje le hemos preparado específicamente este texto o módulo autoformativo, con un enfoque eminentemente pedagógico, para que usted por sí mismo/a y de manera responsable e independiente, logre con facilidad los aprendizajes de la unidad curricular que desarrolla.

El texto que ahora tiene en sus manos le proporciona información relevante para su proceso de aprendizaje. En él encontrará holísticamente integrados los componentes del proceso didáctico: objetivos, contenidos, actividades, sistema de autoevaluación y procesos de retroalimentación para la autorregulación de sus aprendizajes.

Apoyarán el autoaprendizaje del módulo, profesores tutores y compañeros de grupo que periódicamente se reunirán con usted en la universidad, para aclarar, profundizar, perfeccionar y validar los conocimientos teóricos, prácticos y actitudinales obtenidos en la solución de la propuesta educativa de este módulo. De igual manera contará con asesorías individuales para reorientar y reafirmar los resultados de su estudio.

Esperamos que los logros sean los que usted, la UCA y la sociedad nicaraguense esperan. Reciba nuestro saludo y nuestra bienvenida.



201092868

340
G-99

BJC
Fi.1